UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DES

FIANÇAILLES

ET DES

PROMESSES DE MARIAGE

(ÉTUDE D'HISTOIRE DU DROIT ET DE JURISPRUDENCE MODERNE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le 17 décembre 1902

PAR

JOSEPH JACOMET

LAURÉAT DES FACULTÉS DE POITIERS ET DE MONTPELLIER

SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS PRÈS LA COUR

ATTACHÉ AU PARQUET DE PREMIÈRE INSTANCE

PERPIGNAN

IMPRIMERIE DE « L'INDÉPENDANT », 4, RUE DE LA PRÉFECTURE

1902

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VIGIÉ, Doyen, Professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.
BREMOND, Assesseur, Professeur de Droit administratif.
GIDE, Professeur d'Économie politique, en congé.
GLAIZE, Professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.
LABORDE, Professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Économie industrielle.
CHARMONT, Professeur de Droit civil.
CHAUSSE, Professeur de Droit romain.
MEYNIAL, Professeur d'Histoire de Droit.
BARDE, Professeur de Droit constitutionnel.
VALERY, Professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
DECLAREUIL, Professeur de Droit romain, chargé des cours de Pandectes et d'Histoire du Droit public français.
PERREAU, Agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
MOYE, Agrégé, chargé des cours de Droit international.
RIST, Agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique et du cours d'Histoire des Doctrines économiques.
MARGAT, Agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
PORTE, Agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.
GRANGÉ, Secrétaire.
LAURENS, Professeur honoraire.
GIRAUD, Secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. CHAUSSE, *Président.*
MEYNIAL, PERREAU } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DES

FIANÇAILLES

ET DES

PROMESSES DE MARIAGE

(ÉTUDE D'HISTOIRE DU DROIT ET DE JURISPRUDENCE MODERNE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

JOSEPH JACOMET

LAURÉAT DES FACULTÉS DE POITIERS ET DE MONTPELLIER

SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS PRÈS LA COUR

ATTACHÉ AU PARQUET DE PREMIÈRE INSTANCE

ACAD. INDÉPENDANT PERP.

PERPIGNAN

IMPRIMERIE DE « L'INDÉPENDANT », 4, RUE DE LA PRÉFECTURE

1902

A LA MÉMOIRE VÉNÉRÉE DE MON PÈRE

MONSIEUR LE CONSEILLER LOUIS JACOMET

Chevalier de la Légion d'honneur

Officier de l'Instruction publique

Ancien Conseiller général des Pyrénées-Orientales

ET DE MA MÈRE

MADAME JACOMET, *née* DE BOAÇA

Filial et reconnaissant Hommage.

A MON FRÈRE

MONSIEUR DENIS JACOMET

Docteur en Droit

Procureur de la République près le Tribunal d'Angers

Témoignage de sincère et profonde Affection.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546806_0027

INTRODUCTION

La préhistoire n'est que la métaphysique des institutions; son étude, bien plus faite d'imagination fantaisiste que de science documentaire, est pleine de périls; malgré la prudence qu'on y apporte, elle ne doit avoir d'autre prétention que de tendre à des résultats toujours approximatifs et provisoires. Les systèmes les plus laborieux, les hypothèses les plus ingénieuses abritent parfois bien des chimères.....(1)

Les fiançailles ne se conçoivent pas à une époque de sauvage promiscuité où, d'après Herodote (2), les hommes et les femmes s'accouplaient ensemble comme les bêtes d'un troupeau. Nous sommes, alors, tout près de la pure animalité. Dans ces temps antérieurs à toute civilisation, même rudimentaire, les rapports entre les sexes n'étaient réglementés ni par la loi ni par les mœurs.

Plus tard le mariage dut se pratiquer sans doute par enlèvement. Le mâle, tourmenté par ses sens, s'emparait par la violence ou la ruse de la femme qui lui agréait et, sans la consulter, en faisait sa compagne forcée. Il la retenait sous sa domination tant qu'un rival plus puissant

(1) On connaît l'étonnante hypothèse de Ihering au sujet de la monogamie chez les Aryens. — Les Ayrens, dit-il, connaissaient la polygamie avant de descendre des plateaux de la Bactriane. Mais ils se mettent en marche et s'aperçoivent de la difficulté de garder chacun plusieurs femmes pour leurs expéditions. Et, dès lors, ils abandonnent la polygamie, moins par scrupule de moralité que par l'impossibilité pratique de la continuer pendant la migration ! — Ihéring, *les Indo-Européens avant l'Histoire*. Liv. IV, § 47. — n° 1.

(2) Liv. IV, Chap. CLXXII — CLXXVI — CLXXX.

ou plus adroit n'était pas parvenu à l'en déposséder. Cette conception brutale du mariage ne se conciliait certainement pas avec l'existence des fiançailles, qui supposent un état social plus avancé, où la force n'est plus la raison déterminante de tout droit.

Un progrès se produit, — et nous approchons de l'histoire, si nous n'y sommes pas encore entrés, — quand l'épouse, au lieu d'être enlevée, est achetée. La femme des peuplades primitives est plutôt un objet de valeur vénale et marchande qu'une personne juridique (1). Ainsi, chez les Babyloniens, les mariages se faisaient, une fois l'an, dans des marchés publics où l'on mettait aux enchères les filles nubiles. Dès que l'une d'elles était vendue, elle recevait une olive de terre cuite percée comme pour être portée au col et sur laquelle étaient inscrits son nom, celui du mari et la date de l'acte (2).

Dès ce moment, il nous est permis de conclure, sans trop de témérité, à l'apparition des fiançailles. Le futur époux achetait souvent une fille en bas âge que la vente consentie rendait légalement sa fiancée; il donnait des arrhes en signe de l'accord intervenu et laissait l'enfant à la garde paternelle jusqu'au jour où, devenue femme, il venait la chercher pour la convier au mariage, afin de se créer une postérité, car c'est là le premier sentiment qui a imprimé un caractère moral et religieux à l'union des sexes simplement charnelle jusqu'alors (3).

De même que les Grecs antiques (4) les ancêtres des

---

(1) Sur la vente des femmes chez les peuples primitifs. Voir Gide : *De la Condition privée de la femme* (2e éd.) p. 24 et suivantes. En Chine, la vente des femmes forme encore aujourd'hui une branche importante du commerce.

(2) V. Glasson : *Le Mariage civil et le Divorce* (2e éd.) p. 439. Le musée du Louvre possède plusieurs de ces olives. Voici à titre d'exemple l'inscription de l'une d'elles : « Halalat, acquise par Marnarich, mois de Sabat de l'an XI de Merodchbaladan, roi de Babylone. »

(3) « Ducere uxorem liberorum quœrendorum causa. » Aulu-Gelle XVII, 21; Gaïus 1, 29. « Malheur à l'homme qui laisse en mourant une maison déserte et des autels abandonnés ! Son ombre inquiète ne trouvera jamais le repos dans la demeure des morts. » Gide, *op. cit.*, p. 21.

(4) V. Beauchet, *Droit privé de la République athénienne*, tome I, p. 112.

Romains qui fondèrent la Ville ont probablement pratiqué ces usages (1). La *Coemptio* du vieux droit quiritaire, qui a été pendant longtemps une des formes habituelles des *justæ nuptiæ*, n'était autre chose qu'une cérémonie dont une vente simulée, — résidu de l'ancienne vente réelle, — faisait tous les frais et, au début, les fiançailles primitives se réalisaient, d'après le témoignage de Varron (2), à l'aide d'une stipulation unilatérale par laquelle le futur mari, sans doute, en échange d'un prix librement débattu, stipulait des parents de la femme et sans l'intervention de celle-ci qu'elle lui serait donnée en mariage dans un délai déterminé. C'est que, dans l'antique organisation *gentilice*, le père est propriétaire de ses enfants au même titre que de ses esclaves ou de ses bestiaux (3); il en dispose à son gré, il les fiance comme il lui plaît et, pour éviter d'être atteint par la clause pénale qu'il est d'un usage constant d'adjoindre au contrat, il ne revient pas souvent, malgré les prières de ses enfants, sur sa décision première.

A l'époque classique, les grands jurisconsultes battent en brèche le principe de l'omnipotence familiale. L'autonomie individuelle, longtemps méconnue, s'affirme avec force. Le mariage est un acte assez grave, — et les fiançailles qui le précèdent, — pour que les principaux intéressés soient admis à faire prédominer leur volonté. L'on considère même cette liberté, enfin restituée à ceux à qui elle appartient, comme si précieuse qu'on leur défend de l'aliéner d'une manière irrévocable. A cette époque où l'on abuse du divorce, les fiançailles, ainsi d'ailleurs que le

---

(1) Bien avant la *Coemptio*, à une époque très reculée, les Romains ont connu, sans doute, cette large promiscuité sexuelle dont parle Horace :

> Venerem incertam rapientes, more ferarum,
> Viribus editior cœdebat, ut in grege taurus.
>
> (Vers 109-110. L. I, S. III.)

Quant à l'enlèvement, les Romains ont dû le pratiquer aussi. La *deductio in domum mariti*, qui est une des cérémonies du mariage, comporte un simulacre d'enlèvement, souvenir du rapt véritable des temps barbares.

(2) Varron, *De Lingua latina*, VI, 70-71.

(3) Girard, *Droit romain* (2e éd.), p. 11.

mariage, peuvent se dissoudre au gré de chacune des parties (1).

Les fiançailles, on le voit, sont alors bien fragiles; mais le Bas-Empire arrive qui leur redonne une nouvelle faveur. En ce temps de trouble et de misère, l'individu isolé est à la merci du puissant qui, sans pitié, le broie et l'opprime. Pour se protéger et se défendre, on se réunit en castes, dont les représentants acquièrent une autorité, se fortifiant chaque jour aux dépens des membres de l'association. Or, c'est la caractéristique des fiançailles de faire la part large à l'ingérence des familles. Pour se ménager des alliances profitables entre groupes, on fiance souvent malgré eux de jeunes enfants dont les volontés sont plus facilement malléables que celles de personnes plus âgées qu'il serait assez malaisé de contraindre à un mariage dont elles ne se soucient pas (2). Et plus tard, les fiancés, en présence du fait acquis, réaliseront, sans protester, les engagements qu'autrefois on prit en leur nom.

Ce sont ces mêmes raisons qui, également vraies dans notre ancienne France, donnent aux fiançailles une énergique vitalité, maintenue et développée par une double influence.

Les races germaniques qui, lors des invasions, s'établirent sur notre territoire, faisaient de la *desponsatio* une condition essentielle de la validité du mariage et comme son fondement légal (3). D'autre part, le droit canonique qui, en matière matrimoniale, a supplanté, de bonne heure, dans notre pays la législation séculière, accordait aux *spon-*

---

(1) Nous développerons tous ces points dans le chapitre I consacré aux *sponsalia* romaines.

(2) V. Ed. Meynial, *Le Mariage après les invasions* (Paris, Larose, 1898) p. 15 et 16. La prépondérance des fiançailles au Bas-Empire s'explique aussi par l'influence de la religion chrétienne. Voir *infra* p. 39 — *Adde :* Ortolan, *Histoire de la Législation romaine* (6e édition), p. 295 : « Il est permis de conjecturer que l'influence des doctrines évangéliques pénétrait indirectement la philosophie des jurisconsultes, et que, même lorsqu'il était proscrit et persécuté, le christianisme agissait sur les progrès de la jurisprudence et de la législation. »

(3) V. Viollet, *Histoire du Droit français* (1886) p. 355.

salia une importance capitale, parce qu'elles ont pour conséquence naturelle le mariage que l'on regarde comme le grand remède à la concupiscence (1). Aussi l'Église, pour les faciliter, libère les fiançailles de l'autorité paternelle; elles existent et sont valables par cela seul que les enfants pubères ont engagé leur parole sans se préoccuper de l'assentiment familial. Le mariage n'est qu'un contrat consensuel, et les fiançailles qui renferment ce consentement ont, du moins en théorie, la même valeur que le mariage. Il n'y a pas d'autre différence entre les *sponsalia de præsenti* et les *sponsalia de futuro* que celle-ci : l'échéance à laquelle l'accord doit être exécuté n'est pas le même dans les deux cas.

Mais, préoccupé des inconvénients que cet état de choses entraînait (2), — car il était souvent assez difficile, en l'absence de célébration solennelle obligatoire, de savoir s'il y avait oui ou non mariage, — le Concile de Trente, dont la doctrine passa dans les ordonnances royales, décida, au XVI[e] siècle, que le mariage aurait besoin, pour valoir, d'être revêtu d'un cérémonial déterminé. A partir de ce moment, les fiançailles déclinent et perdent une bonne partie de leur importance ancienne. Un consentement définitif et solide ne peut être donné qu'au moment précis où les fiancés, tout pénétrés de la gravité de leur acte et recueillis par la cérémonie qui se déroule en leur honneur, vont recevoir du prêtre la bénédiction nuptiale. Un engagement antérieur,

---

(1) V. Esmein, *Le Mariage en droit canonique* (Paris, 1891) t. I, p. 86. La bienveillance de l'Église pour les fiançailles et le mariage tient aussi à ce fait que le mariage est un sacrement; or, il importe de faciliter, par tous les moyens, l'accès des sacrements.

(2) Calvin, dans ses *Propos de table*, plaisante avec esprit sur les inconvénients pratiques de ces unions purement consensuelles, connues sous le nom de *mariages clandestins :* « Aidez-moi, cher Seigneur, me disait-on au confessionnal, levez mes doutes. Cette Gréta, que j'ai épousée la première, est bien ma vraie femme, mais cette Barbara avec qui je me suis marié ensuite n'est-elle pas ma femme, et ne dois-je pas coucher avec elle ? Je ne puis prendre celle-là, quoique je le voudrais bien; mais je ne le puis, car j'ai une autre femme et elle a un autre mari, et personne ne sait quelle est ma femme, si ce n'est Dieu dans le ciel; oh ! je suis damné ! je ne sais que faire. » Cité par Esmein, *op. cit.* p. 129, t. II.

sans doute, est valable, mais comme il n'a pas été donné dans la forme prescrite, son effet coactif est très restreint. Les fiançailles ne sont plus nécessaires à la formation du mariage; telles les *sponsalia* du droit romain classique, elles ne sont plus que la *mentio et repromissio nuptiarum futurarum;* néanmoins, elles ont coutume, dit Pothier (1), de précéder les noces; on les regarde avec bienveillance; la loi et la jurisprudence les réglementent avec soin et les auteurs les étudient de très près (2).

La Révolution, qui voit en elles une entrave à la liberté absolue qui doit présider à l'échange des consentements lors du mariage, ne fait rien pour les protéger; elle les dédaigne. Aujourd'hui, elles sont mortes en tant qu'institution juridique.

Leur extinction, qui paraît bien pour toujours consommée, se révèle à nous comme le produit d'une double et lente évolution. Le mariage est, au premier chef, dans notre Code, un contrat solennel qui se passe tout entier devant l'officier de l'état civil. Il se suffit à lui-même et n'exige rien en dehors de lui. Toute sa force est tirée des cérémonies dont, à un moment précis, l'entoure la loi, et rien que de celles-là, parce que, seules, elles sauvegardent énergiquement, comme il convient, la libre volonté des parties. De là une tendance très marquée à rejeter tout ce qui précède et à ne voir dans les fiançailles que la persistance d'un simple usage en contradiction souvent avec les idées du législateur moderne. Accorder quelque valeur à la promesse antérieure, en faire découler une obligation efficace, ne serait-ce pas aller manifestement contre le but même des solennités du contrat ?

De plus si, dans notre civilisation actuelle, la femme n'a pas encore conquis la place qui, très large, devrait lui appartenir, elle y est cependant traitée avec infiniment moins de mépris que dans les sociétés du passé. Sur la scène juri-

---

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, Ed. Dupin (1825) p. 17.

(2) Pothier, — pour ne citer que celui-là, — leur consacre une vingtaine de pages (n° 23 à n° 66).

dique, elle a son rôle. Toutes les fois que ses intérêts sont en jeu, elle est, pour les défendre, admise à faire entendre sa voix. Et c'est peut-être justement pour cela que, de nos jours, les fiançailles se comprennent bien moins que dans les temps anciens. Leur institution s'expliquait quand, sans être avisée, la femme, assimilée en droit à une chose, était cédée à son mari par celui qui exerçait sur elle une autorité despotique. Le mariage est, alors, une vente dont les conditions sont discutées au moment des fiançailles, et l'on conçoit ainsi que ces dernières, simple contrat comme les autres, soient strictement obligatoires. Nous sommes bien loin aujourd'hui d'une pareille barbarie. Le mariage a été élevé au rang qui lui était dû. La femme intervient aux fiançailles qui le préparent. Elle est non-seulement consultée, mais maîtresse de se décider alors d'après ses plus intimes inspirations. Il lui est même permis de revenir, après réflexion, sur la parole qu'elle a donnée à son futur, et c'est aussi, nous le savons, le droit de ce dernier.

Cette faculté de dédit réciproque, introduite depuis des siècles dans le contrat de fiançailles, s'y est progressivement développée et l'a affaibli à tel point qu'elle a conduit les antiques et solides *sponsalia* à une ruine qui, pour l'instant, semble bien définitive.

Toutefois, ne nous alarmons pas trop sur leur disparition. Si, en droit, les fiançailles n'existent plus, nos usages modernes les ont soigneusement recueillies, car leur utilité est évidente (1). La loi, sans doute, les méconnaît; mais, par un détour, qui est tout à son honneur, la jurisprudence leur attribue encore certains importants effets qu'il nous

(1) « Cet usage a été introduit afin que les futurs époux s'assurassent de leurs dispositions mutuelles par rapport au mariage avant de se présenter pour recevoir la bénédiction nuptiale et afin qu'ils ne s'engagent pas avec trop de précipitation dans une société dont les suites ne peuvent être que très fâcheuses quand les esprits sont mal assortis. » Merlin, *Répertoire*, V° Fiançailles, 1. — Saint-Augustin, cité par Pothier *(op. cit.* p. 26), explique l'utilité des fiançailles par une fine analyse des sentiments humains : « Constitutum est, *dit-il*, ut, jam pactæ, sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiraverit sponsus dilatam. » Can. *Constitutum*, causa 27, quœst. 2.

faudra, dans la suite, préciser avec détails. Et nous arriverons enfin à cette conclusion : De même que les Parlements d'autrefois, nos Tribunaux accordent des dommages-intérêts au fiancé délaissé sans raison. Seulement si, en apparence, rien n'est changé dans les résultats, la cause juridique de l'indemnité allouée fait, ainsi que nous le verrons, ressortir à l'analyse une différence profonde entre les principes opposés qui, dans le système antérieur au Code, justifiaient la condamnation et ceux qui, à présent, prétendent l'expliquer.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DES FIANÇAILLES

CHAPITRE I

LES FIANÇAILLES ATTIQUES (1)

§ I. — ***Les fiançailles dans Homère.*** — Dans l'épopée homérique, les fiançailles sont connues (2) et l'on en peut citer l'exemple de Priam, promettant bien longtemps avant le jour des noces (γάμος), de donner sa fille Cassandre (διδόναι γυναῖκα) à Othryonée, sous la condition que ce dernier expulsera les Grecs de la Troade ; mais, sur le contrat et ses effets, nous ne savons rien si ce n'est qu'il était accompagné de présents (ἕδνα) offerts par le futur gendre au père de la jeune fille (3). La monnaie frappée n'existant pas encore, la prestation consistait, le plus souvent, en têtes de bétail. Ainsi Iphidamos offrit à son futur beau-père cent bœufs et mille moutons (4), ce qui, au temps de Solon, représentera une valeur respective de cinq cents et de mille drachmes.

(1) Nous avons surtout utilisé, pour la rédaction de ce chapitre, les développements consacrés au mariage dans le tome I du grand ouvrage de M. le Professeur Beauchet sur le *Droit Attique*. C'est, à notre connaissance, le seul auteur français qui ait étudié d'une façon complète l'ensemble de la législation privée de la République athénienne. L. Beauchet, *Histoire du Droit privé de la République athénienne.* (Paris, Chevalier-Marescq, 1897, 4 vol. in-8).

(2) Ouvré, *Le Régime matrimonial au temps d'Homère* (Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux, 1866, p. 293).

(3) Beauchet, *op. cit.*, t. I *Le Droit de Famille*, p. 113.

(4) Iliade, XI, vers 324 et suiv. La nature des ἕδνα explique surabondamment l'épithète assez peu gracieuse d'ἀλφεσίβοιαι appliquée aux fiancées. D'après son étymologie, le mot signifie exactement : *qui font acquérir des bœufs à leurs parents.*

Ces libéralités remplissaient, alors, une véritable fonction juridique. A une époque où le très antique mariage par enlèvement avait déjà disparu (1), elles se révèlent comme constituant le prix d'achat de la fiancée (2). Dans Homère, en effet, le mariage n'est autre chose qu'un pur contrat de vente, discuté et préparé lors des fiançailles et consenti par le père ou tuteur de la femme à celui qui la prend pour épouse. Bien qu'un auteur allemand (3) ait prétendu que les ἕδνα dont l'étymologie correspond à notre mot « douceur », n'avaient d'autre but, dans l'esprit du futur, que de se gagner la bienveillance du beau-père, nous pensons que leur seul objet résidait dans l'acquit du prix réel ou fictif de la future épousée. Telle était, nous l'avons dit (4), la conception primitive du mariage chez tous les peuples de race aryenne et cela se dégage, au surplus, de la lecture d'Homère (5), qui considère le mariage comme une opération synallagmatique où, moyennant un prix, est transférée la propriété d'une chose. La femme de l'Iliade n'est qu'une simple valeur patrimoniale et, dans le contrat prénuptial, elle ne joue qu'un rôle purement passif. Celui qui a pouvoir sur elle, le *Kyrios*, peut, sans la consulter, la promettre à qui il lui plaît (6).

§ II. — ***Les fiançailles en droit attique ; valeur de l'Engyésis.*** — Si du droit héroïque nous nous transportons sur le terrain plus solide du droit attique, nous verrons que les fiançailles y étaient également pratiquées. Dans un passage de l'historien Thucydide (7), il est parlé d'une promesse

(1) Dans Homère, à l'exception de l'enlèvement d'Hélène, qui fait mouvoir toute la grande épopée, on ne rencontre aucune autre allusion au rapt considéré comme mode de formation du mariage. Voy. Beauchet, *op.* et *loc. cit.* p. 291.

(2) Ouvré, *op. cit*, p. 291.

(3) Hruza. *Beitraege zur Geschichte des griechischen und rœmischen Rechts* (Erlangen et Leipsig, 1892) 1re partie, p. 12. Les ἕδνα sont, en quelque sorte, un don rémunératoire.

(4) V. *Suprà* notre Introduction.

(5) Iliade, IX. v. 242; XI, v. 243-245.

(6) Beauchet, *loc. cit.* p. 113.

(7) Thucydide, II, chap. 101 § 5; Pollux parle aussi des fiançailles qu'il qualifie de μνηστεία (III, §§ 34, 35). Les deux passages sont rapportés, en entier, dans Beauchet, p. 131.

préalable faite par Perdiccas de donner sa sœur en mariage à Seuthès et, plus tard, en exécution de l'engagement pris, il est procédé aux cérémonies de la noce. Mais les fiançailles dont il est ici question ne sont-elles pas, comme on l'a soutenu, un simple usage sans valeur juridique et sans force légale, plutôt qu'une véritable institution de droit sanctionnée et réglementée par le législateur autant que par les mœurs?

Pour éclairer la question, — nous ne disons pas la résoudre, — il faut d'abord s'inquiéter de la formation du mariage dans la législation athénienne de l'époque classique. L'union conjugale, sauf dans certains cas exceptionnels (1), se réalisait à l'aide d'un contrat appelé ἐγγύησις par lequel le *Kyrios* de la femme, sans l'intervention de cette dernière, réunissait des témoins en présence de qui il la donnait en mariage (ἔγγυαν) à l'homme majeur dont elle était recherchée. L'Engyésis est un élément essentiel de l'union légitime (2). En son absence, les enfants qui naissent des relations sexuelles sont des bâtards qui n'ont aucun droit à la succession de leurs auteurs. Après l'Engyésis viendra, plus tard, la cérémonie du γάμος qui n'est autre chose que le *concubitus* du droit romain (3). Un banquet intervient, à cette occasion, précédé de prières et de sacrifices adressés aux divinités et suivi d'une procession solennelle de la jeune fille jusqu'à la chambre nuptiale (θάλαμος) où une femme âgée de la famille (νυμφεύτρια), après les recommandations d'usage l'abandonnera, enfin, à son mari (4).

---

(1) Où elle se formait par ἐπιδικασία (revendication en justice de la femme par celui qui y est autorisé par la loi). Le cas le plus fréquent d'épidicasie est celui de la fille *épiclère*, c'est-à-dire appelée, à défaut de fils, à recueillir la succession dont elle fait, en quelque sorte, partie.

(2) Hruza, partie I, page 19, note 1.

(3) Clément d'Alexandrie, *Stromata*, liv. 2. chap. 23, désigne le γάμος par le terme σύνοδος *(coïtus* de συνιέναι, co-ire).

(4) Sur les détails de la cérémonie de la noce, voy. Beauchet, p. 145. Le γάμος était suivi lui-même de la γαμηλία : Le mari présentait sa femme à la phratrie dont il faisait partie, et, à l'occasion de son mariage, versait une certaine somme dans la caisse de cette association.

De nombreux auteurs (1), au souvenir des *sponsalia* romaines, préparant les *justæ nuptiæ*, ont soutenu que l'Engyésis, dénommée par eux *Verlobung*, n'était qu'une simple promesse dont le γάμος, ultérieurement, réalisait l'exécution. Ils se basent d'abord sur l'analogie presque constante des systèmes matrimoniaux chez les peuples de commune origine, puis sur les précédents homériques que les progrès des institutions et des mœurs, loin d'avoir dissipés, n'ont pu que confirmer et développer en notre matière ; enfin, en dernier lieu, ils invoquent que le terme ἐγγυᾶσθαι se trouve en étroite connexion avec le mot latin *spondere*.

M. le professeur Beauchet (2), au contraire, prenant pour son compte dans son savant traité, une opinion émise en Allemagne par Hruza (3), soutient, avec une remarquable profondeur d'érudition, que les fiançailles n'existaient probablement pas en droit attique. Dans sa doctrine, l'Engyésis est bien plus qu'une phase préparatoire du mariage, elle apparaît comme constituant à elle seule le mariage lui-même qui, dès qu'elle est intervenue, existe juridiquement parfait, sans qu'il soit besoin, pour cela, d'une cérémonie obligatoire qui, plus tard, le parachève.

Cette conception, s'harmonise tout d'abord à merveille avec l'esprit général de la législation athénienne qui, très spiritualiste, à l'exemple de la nôtre, admettait, au rebours des lois romaines, que la volonté, en son essence, est d'une assez forte vigueur pour créer le droit, en dehors de tout acte matériel qui, extérieurement, l'affirme (4).

---

(1) La liste complète, qui en est fort longue, a été dressée par M. Beauchet, p. 123, note 5. Nous n'avons pu lire dans leur texte que : Platner : *Beitraege Zur Kenntniss des attischen Rechts* (1820) p. 109 et s., et Cicotti, *La Famiglia del diritto attico* (Torino, 1886) p. 21 et s. *Adde : La Vie antique*, par Gulh et Khoner (Trad. Riemann. chap. XIII, 1re partie : la Grèce) ; Reinach, *Manuel de Philologie* p. 232.

(2) Beauchet, p. 124 et s.

(3) Hruza, *op. cit.* p. 39 et s.

(4) En droit attique, d'après l'opinion générale, la propriété de la chose vendue est transférée à l'acheteur, du moins *inter partes*, par le seul effet du contrat de vente. La tradition n'y joue le rôle que d'une livraison pure et simple. Voy. Caillemer, *Le Contrat de vente à Athènes*, p. 638 et s.

Puis, pénétrant dans les détails, M. Beauchet poursuit : Il ressort d'une loi, citée par Démosthène, dans son plaidoyer contre Stephanos (1), que l'effet direct et immédiat de l'Engyésis est de conférer à celle qui en est l'objet la qualité d'épouse (δάμαρτα εἶναι). Dans le texte invoqué devant les Héliastes, la femme mariée est dite ἐγγυητή. La même loi décide que, seuls, sont légitimes les enfants de la femme ainsi ἐγγυητή ; c'est donc que l'Engyésis suffit pour la formation du mariage « sinon on n'aurait pas manqué d'indiquer les autres conditions requises pour la légitimité des enfants » (2). — On ajoute que l'expression ἐγγυᾶν équivaut, dans les discours des orateurs judiciaires, au mot ἐκδοῦναι qui signifie : donner en mariage (3). L'acte du fiancé est désigné indifféremment par le verbe ἐγγυᾶσθαι ou par la locution λαμβανεῖν γυναῖκα παρά πατρὸς (4).

La synonymie des termes doit, en bonne logique, correspondre à l'identité d'idées. Enfin, l'étymologie du mot ἐγγυᾶν fait songer plutôt à une *datio* qu'à une simple promesse ; il se traduit littéralement, en effet, par mettre dans la main (ἐν γυῖον) (5). Et l'on conclut : L'Engyésis, loin d'être un acheminement vers le mariage, n'est que l'union conjugale elle-même. Si elle n'eut été parfaite que par un acte subséquent, on nous eût entretenus, dit-on, de cet élément décisif pour la formation du lien matrimonial.

D'ailleurs, le mariage ne reposait à Athènes que sur des considérations de pur intérêt et des raisons politiques ou de famille (6). Des inclinations réciproques et des sentiments mutuels, on se souciait fort peu. La femme, reléguée au gynécée et toujours en tutelle, vivait dans un état d'infériorité voisin de celui de l'enfant ou même de l'esclave.

---

(1) Démosthène *C. Stephanos*, II, § 18.

(2) Beauchet, p. 125.

(3) Démosthène *C. Néera* §§, 53 et 54.

(4) Isée, *De Astyph. héréditate*, § 12.

(5) Hésychius, II, p. 5. — Cf. Hruza, 1re partie, p. 39, note 16.

(6) Cauvet, *De l'Organisation de la Famille à Athènes* (revue de législation, 1845) t. XXIV, p. 133.

Lorsqu'on la mariait, elle était l'objet du contrat plutôt qu'elle n'y était partie. En dépit du tableau charmant qu'en son idéal de philosophe, Xénophon nous révèle de l'union conjugale (1), la notion du mariage était bien moins élevée à Athènes qu'à Rome. C'est plutôt une affaire, un contrat, que l'union légitime de deux personnes se liant de manière à n'avoir qu'une âme et qu'une volonté, à mêler leurs droits et leurs devoirs, leurs plaisirs et leurs peines. La belle définition de Modestin, au Digeste (2), n'est pas de mise pour le mariage athénien dont l'unique objectif, hautement avoué par les lois attiques, est la maternité (3). On ne demande à l'épouse d'autre service que de donner de nombreux citoyens à la République. « Dès lors, dit M. Beauchet, on ne conçoit guère le but et l'utilité des fiançailles préalables au contrat de mariage. Tout devait se régler en une seule fois et définitivement par une convention qui est l'Engyésis. » (4)

La critique ne laisse pas d'être sans emprise sur la théorie que nous venons d'exposer. Concentrer tout le mariage dans l'Engyésis seule et cela à l'exclusion du γάμος, c'est-à-dire bannir du mariage tout élément matériel pour n'y voir qu'un contrat purement consensuel (5), c'est là, nous semble-t-il, une idée singulièrement hardie. On objecte bien que la souplesse du droit attique, réalisant un progrès que la législation romaine ignora toujours, s'était pliée à une transmission purement idéale de la propriété. Le transfert au mari de la femme qui est, en somme, à Athènes, tout le mariage, ne devait pas autrement s'opérer. — On peut ré-

---

(1) Dans *L'Économique* de Xénophon, VIII, § 30, l'Athénien Ischomaque adresse à sa jeune femme, lors de son premier réveil dans la chambre nuptiale, un discours sur le mariage et ses devoirs, tout imprégné de la morale la plus pure et des idées les plus élevées. — Cp. Lallier, *De la Condition de la femme dans la famille athénienne* (Paris, 1874) p. 41 et s.

(2) L. 1 D. *De Ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

(3) V. Gide, *De la Condition privée de la femme* (2e éd.) p. 75 et 76.

(4) Beauchet, p. 131. — En ce sens, Hruza, *op. cit.* p. 42 et 43.

(5) En effet, la présence des témoins, lors de l'Engyésis, était requise non *ad solemnitatem*, mais seulement *ad prabationem*. Beauchet, p. 140 et 141.

pondre que nombre d'interprètes n'ont pas accordé à la simple convention une si efficace vertu, en matière de transmission de droits réels (1). La théorie trop moderne qu'on nous oppose serait-elle, d'ailleurs, de tous avouée, il n'en resterait pas moins vrai qu'il est dangereux de transporter sans tempérament au droit de famille un système qui, en le supposant fondé, n'était peut-être appliquable qu'au droit des choses, où, les intérêts engagés étant moindres, le formalisme juridique était aussi moins compliqué. Et, d'ailleurs, admettrait-on un mariage consensuel, cela n'aurait rien d'incompatible avec l'existence de véritables fiançailles.

Pour nier, en droit, les fiançailles, M. Beauchet s'est surtout basé sur un discours de Démosthène, qui rapporte une loi paraissant accorder à l'Engyésis la valeur du mariage lui-même. — L'argument n'est pas probant. Le discours du grand avocat, tout à fait étranger à notre débat, ne cite le texte invoqué que de façon incidente et, sans doute, que par à peu près. — On ajoute que le même texte ne tenait pour légitimes que les enfants nés de la femme ἐγγυητή. Cela ne préjuge en rien de la nature de l'Engyésis. Tout en soutenant que ce contrat ne réalisait que de simples fiançailles, on peut dire que ces dernières étaient vues avec tant de faveur que, seul était estimé sérieux et, par suite, conférant la légitimité, le mariage qu'elles avaient précédé.

Quant au langage des orateurs judiciaires qui usent comme synonymes des mots ἐγγυᾶν et ἐκδοῦναι, nous répondons qu'il n'a pas trait directement au problème posé. En outre, une plaidoirie, pour si parfaite qu'on la suppose, n'atteint jamais, de par sa nature même, à la rigoureuse précision d'un texte législatif, et n'arrive-t-il pas que, souvent, on emploie comme équivalents, dans le langage courant, les expressions « se fiancer » ou « prendre femme » ?

Enfin, il importe assez peu que le mot ἐγγυᾶν éveille une idée de dation. Les fiançailles, — si l'Engyésis n'est pas autre

(1) V. notamment Hofmann, *Beitraege zur Geschichte des griechischen und rœmischen Rechts* (Wien, 1870) p. 57 et s.

chose, — se concilient fort bien avec cette idée de main-mise. D'ailleurs, certains hellénistes, — et non des moindres, — sont d'avis que le mot litigieux rappelle plutôt le verbe *spondere* que le verbe *dare* (1).

La philologie n'est donc d'aucun secours pour guider nos recherches et pas davantage, non plus, les considérations sociales invoquées par M. Beauchet à l'appui de son dire. D'après lui, on s'en souvient, l'Engyésis, étant tout le mariage, il n'y a pas place dans son système, pour les fiançailles. Leur utilité n'apparaît pas dans une législation, où la femme, regardée comme simple matrice, n'intervient jamais quand se conclut le mariage. Ce dernier n'est pas une union morale ou religieuse; son seul but est la procréation des enfants. Mais, précisément, il nous semble que, dans cette conception matérialiste, le mariage ne peut être un pur contrat consensuel; il ne doit être parfait qu'autant que le γάμος ou *concubitus* a été consommé. En effet, si l'on ne voit dans le mariage que la perpétuation de la famille, il convient d'attribuer aux relations sexuelles qui tendent à l'assurer une importance prédominante et capitale. Tant qu'elles n'ont pas eu lieu, c'est-à-dire tant que le γάμος fait défaut, le mariage n'existe pas encore, et, dès lors, l'Engyésis ne saurait s'analyser qu'en de simples fiançailles, indispensables peut-être pour la validité du mariage, mais, à coup sûr, ne le constituant pas déjà à elles seules.

Un exemple milite en faveur de notre doctrine. Démosthène (2) nous dit qu'à son lit de mort, son père consentit, au profit de Démophon, à l'Engyésis de sa fille alors dans sa cinquième année. Et de telles pratiques n'étaient pas rares. Or l'on sait que la loi athénienne fixait à douze ans

(1) M. Beauchet le reconnaît lui-même, p. 123. La plupart des auteurs allemands traduisent ἐγγύησις par *Verlobung*. Dans notre langue, ce dernier mot, on le sait, signifie exactement : fiançailles. Ainsi s'exprime Van den Es, cité par M. Beauchet, p. 123, note 5 *in fine* : Verbum εγγυᾶν cum proprie spondere significet... D'après cet auteur, la phrase : ἐγγυᾶν τὴν θυγατέρα ἀνδρι doit être traduite : *Despondere filiam viro*.

(2) Démosthène *C. Aphobos*, I, §§ 4 et 5; III, § 43.

l'âge de la nubilité (1). Aussi ne pouvait-il y avoir, en l'espèce, mariage, mais seulement fiançailles. Le mariage, comme tous les contrats, requiert, lors de sa formation, tous les éléments nécessaires à sa validité et, en l'absence, de l'un d'eux, il est inexistant. On n'imagine pas un mariage sans l'aptitude physique à en satisfaire les fins. Dans l'Engyésis dont parle Démosthène, — et dans toutes, — il n'y a donc, croyons-nous, que des fiançailles.

Comme le mariage lui-même, elles étaient d'une extrême fragilité. Sans doute, tandis que le futur était admis à les dissoudre à son gré, l'ἐγγυητή n'y était autorisée que si elle invoquait un juste motif; mais son *Kyrios* pouvait, sans aucune raison, retirer sa promesse. De même que la femme n'a aucun droit à exiger de son futur la réalisation normale de l'Engyésis, qui est le γάμος, aucune action ne compète au fiancé pour obtenir du *Kyrios* l'exécution de la stipulation contenue au contrat de livrer la jeune fille (2).

---

(1) Quant aux hommes, l'âge auquel ils peuvent contracter mariage concorde avec celui de leur majorité, c'est-à-dire avec l'accomplissement de leur dix-huitième année, époque à laquelle cessent soit la tutelle, soit la puissance paternelle.

(2) Beauchet, p. 129 et 130. — Dans le chapitre suivant, après avoir traité, en détail, des fiançailles romaines, nous ferons une brève étude de la *donatio ante nuptias* qui les accompagnaient. Cette institution était-elle reçue en droit attique ? On n'en trouve aucune mention à l'époque des orateurs. Dans leurs discours, il est souvent parlé de la dot apportée par la femme, jamais d'une contre-dot fournie par le mari Son existence est donc très incertaine, au moins à Athènes; mais une disposition de la loi crétoise de Gortyne paraît bien se rapporter à une institution analogue à la donation anténuptiale du droit romain, ou plutôt à une libéralité qui en est très voisine. (V. Beauchet, t. III, p. 135.)

CHAPITRE II

LES FIANÇAILLES ROMAINES

SECTION I. — LES FIANÇAILLES ET LES PERSONNES

§ I. — ***Modes de formation des Sponsalia.*** — Dans l'indigence d'instruments juridiques, plus spécialement adaptés à leur objet, les premières fiançailles romaines durent se former par le seul procédé connu dans le droit archaïque pour rendre obligatoires en les solennisant les conventions privées. Je veux parler de l'antique *sponsio* ou serment promissoire des XII Tables, tirant toute sa force de la foi jurée sur l'autel d'Hercule (1).

Quand la *sponsio* religieuse eut fait place à la *stipulatio* laïque, les fiançailles, comme tous les accords que l'on désirait rendre obligatoires, s'enchâssèrent dans le moule rigide du contrat verbal, d'où elles sortirent animées de la vie juridique et pourvues d'une sanction efficace.

Ce n'est pas une conjecture et nous avons un document. Aulu-Gelle, dans ses *Nuits attiques* (2), nous dit, d'après

(1) Sur le *sponsio*, voy. Girard, *Manuel de droit romain*, (2e éd.) p. 474-475.

(2) *Nuits attiques*, IV. — Girard, *op. cit.* p. 144, note 3.

Voici le passage d'Aulu-Gelle que nous reproduisons intégralement à cause de son extrême importance : « *Sponsalia* in ea parte Italiæ, quæ Latium appelabatur hoc more atque jure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus. Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium daturum ; ductum iri, qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur *sponsalia*. Tum quæ promissa erat sponsa appelabatur ; qui spoponderat ducturum, sponsus. Sed, si post eas stipulationes, uxor non

Servius Sulpicius, que les Latins réalisaient leurs fiançailles par une double stipulation. A elle seule, l'étymologie du mot *sponsalia* suffirait à nous persuader que les anciens Romains ont usé du même procédé si Ulpien n'était formel : « *Moris fuit veteribus stipulari et sibi spondere uxores futuras.* » (1) Et le théâtre de Plaute et de Térence contient de nombreuses allusions à cet état du droit (2).

Les fiançailles, simple stipulation sans originalité propre, se distinguent alors très nettement des *justæ nuptiæ* qui requièrent pour leur formation la *traditio* de la femme devant le foyer des ancêtres et sa *deductio in domum mariti* avec sacrifice aux dieux lares (3). Ces cérémonies

---

dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur **ex sponsu agebat.** Judices cognoscebant. Judex quamobrem data acceptave non esset uxor, quærebat. Si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia æstimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat (aut qui stipulatus erat) condemnabat. — Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est. Hœc eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit. »

(1) L. 2, D. *De Sp.*, XXIII, 1.

(2) Plaute : *Aululaire*, II, 2, 77 : Mégadore : Quid ? Nunc ? Etiam mihi despondes filiam ? Euclio : Illis legibus, tum illa dote quam tibi dixi. — Még : sponden ergo ? Eucl : spondeo — II. Térence, *Andria*, I, 1,75 (cités par Glasson, *Le Mariage civil et le Divorce* (2e éd.) p. 158, note 3). — III. Plaute, *Curculio*, V. 2, 74; *Pœnulus*, V. 3, 37; *Trinummus*, V. 2, 33. — IV, *Cicero ad Atticum*, I, 3 *in fine* (cités par Maynz, *Droit romain*, t. III, p. 14). De la lecture de la plupart de ces textes littéraires il ressort qu'à Rome, les fiançailles ont dû se réaliser, au début, par une stipulation unique intervenant entre le fiancé (quant il était *sui juris)* ou son père (quand il était *alieni juris)* et le père de la jeune fille. Cette dernière n'était pas consultée. Il y a là un reste de l'antique vente des femmes. La formule ancienne a été reconstituée par Brissonnius ainsi qu'il suit : *Spondesne Gaiam filiam filio meo* (ou *mihi) uxorem dari? Dii bene vortant! Spondeo.— Dii bene vortant.* (B. Brissonnius, *de formulis*, libri VIII (Parisiis, MDLXXXIII) p. 606.)

Au contraire, d'après Servius Sulpicius, cité par Aulu-Gelle, on se fiançait dans le Latium au moyen d'une double stipulation, et il semble bien que, de bonne heure, il en fut de même à Rome ; Cf. Florentinus : *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.* L. I. D. *De Sp.* XXIII, 1.

(3) Voici le détail de la cérémonie : La fiancée était conduite de la maison de son père chez son fiancé par un simulacre d'enlèvement, qui se faisait le soir sous la protection de *Juno Domiduca*, à la lueur des torches et au son du vieux chant aulique de *Talasio*. La fiancée mettait une tunique blanche et un voile jaune, et plaçait dans ses cheveux, séparés en six boucles sur le devant, un bouquet de fleurs qu'elle avait elle-même cueillies. On portait à sa suite une quenouille, symbole de l'activité domestique. Arrivée à la porte du fiancé, elle enduisait elle-même la porte d'huile et l'encadrait de rubans de laine ; puis on la portait par dessus le seuil, sans doute pour éviter qu'elle

du culte sont indispensables, non pour la preuve du mariage, mais pour son existence légale, qui ne peut résulter que de leur accomplissement (1). Ce fut l'honneur des grands jurisconsultes de laïciser l'institution matrimoniale, en enlevant au cortège religieux qui l'entourait son caractère nécessaire. Ils renfermèrent dans le consentement tout l'élément essentiel du mariage, qui n'est plus désormais qu'un contrat purement consensuel : *Nuptias non concubitus sed consensus facit* (2).

A l'époque classique, ce progrès rejaillit sur les fiançailles. Les stipulations, par lesquelles elles s'affirmaient autrefois, s'évanouissent et sont remplacées par le seul échange des consentements. Le formalisme diminue peu à peu son influence, car c'est une tendance du droit que de débarrasser les actes juridiques de tout encombrement superflu. Le contrat de fiançailles n'exige plus de stipulations solennelles; les volontés, affranchies de tout appareil extérieur, se lient librement elles-mêmes et par leur seule puissance engendrent l'obligation civile. Ulpien pourra dire alors avec exactitude : « *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.* » (3) — Le droit de Justinien recueillera ces principes.

La forme des fiançailles nouvelles est donc la même que celle des *justæ nuptiæ*. Les unes et les autres tirent toute leur force du consentement qu'elles expriment. De cette

---

ne se heurtât les pieds (ce qui eût été d'un mauvais augure) ou pour rendre plus sensible la fiction de l'enlèvement; le fiancé la recevait dans *l'atrium* en la *communion de l'eau et du feu*. Voir Reinach, *Manuel de Philologie*, p. 319 et 320.

(1) « Même contraint, le consentement des enfants était comme étouffé par la pompe du cortège. Quand ces cérémonies ne furent plus qu'une manifestation du consentement et n'eurent de valeur qu'à ce titre, le mariage ne fut plus réputé contracté qu'autant qu'il y avait eu consentement et même consentement libre des époux, la contrainte viciant la cérémonie elle-même. » Meynial, *Le Mariage après les invasions*, *op. cit.*, p. 5. Sur la forme du mariage, voir, en outre, Karlowa, *Romische Rechtsgeschichte*, 2 vol. (Leipzig 1884) t. II, 1 p. 760; Pacchioni, *Archivio giuridico*, XXXIX, p. 385; Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, p. 209, note 3.

(2) L. 30, *De Reg. juris*, Dig.

(3) L. 4 pr. D. *De Spons*, XXIII, 1.

ressemblance dans la forme, on peut induire une similitude d'organisation (1). Les *sponsalia* ne sont plus, à vrai dire, qu'un mariage à terme ; mais, précisément, cette modalité, en constituant une différence irréductible entre le mariage et les fiançailles, donne à ces dernières une physionomie propre et en fait une institution originale qui, bien qu'imitée du mariage, ne s'est jamais cependant confondue avec lui.

§ II. — ***Mode de preuve et cérémonies extérieures.*** — Aux temps des fiançailles stipulatoires, des témoins appelés *sponsores* assistaient à la prononciation des *verba* sacramentels (2). C'est ainsi que sur le Forum, le vieux Caton célébra, en présence de nombreux témoins, ses fiançailles avec la fille de son greffier (3). Amis et parents, attentifs à l'acte important auquel ils étaient conviés, les *sponsores* étaient d'abord de véritables cautions qui garantissaient sur leur propre patrimoine la stricte exécution des promesses réciproques des fiancés (4); plus tard ce ne furent plus que de simples oisifs recrutés, au hasard, sur la place publique et dont le concours se payait en festins ou en argent (5).

Ils prenaient leur rôle peu au sérieux, aussi devenaient-ils inutiles. L'usage s'en perdit et, sous l'Empire, lors des fiançailles consensuelles, on préféra la preuve préconstituée à leur témoignage parfois menteur et souvent fugitif. Les *Tabulæ sponsales* (6) étaient des écrits destinés à conserver la preuve des accords prénuptiaux et des arrangements

(1) La suite de notre étude permettra de vérifier l'exactitude de cette proposition.

(2) V. Glasson, *op. cit.* p. 159.

(3) Plutarque, *Caton*, 24.

(4) Cujas. T. VII, col. 896.

(5) Colin, *Des Fiançailles*, thèse (Paris 1887) p. 38.

(6) Juvenal, *Satire* VI éd. Panckouke t. 1 p. 186.

Si tibi legitimis pactam junctamque tabellis,
Non es amaturus.

pécuniaires qui, au moins, dans les familles de l'aristocratie les accompagnaient presque toujours (1).

La rédaction des tablettes se faisait au milieu d'un grand apparat (2), on consultait les auspices, et des fêtes étaient organisées, au cours desquelles la fiancée, parée pour la première fois de la *tunica recta* offrait à Vénus ses poupées et autres objets d'amusement (3) et déposait ses vêtements virginaux sur l'autel des divinités qui avaient protégé son enfance. Pour que ce sacrifice ne lui coutât pas trop, son futur lui remettait moins comme présent (4) que comme *argumentum contractus* le *pronubus annulus*, d'abord en fer, puis en or, mais sans aucune pierrerie (5). Elle le passait au quatrième doigt de la main gauche (6), d'où partait, d'après l'anatomie du temps, la veine aboutissant au cœur.

§ III. — ***Des arrhes (de arrhis sponsalitiis).*** — Le fiancé remettait, en outre, des arrhes à la famille de la jeune fille.

(1) De même, en matière de vente, les *sponsores* furent remplacés par les *Tabulæ*.

(2) Voir dans Suétone le récit détaillé des fêtes qui accompagnèrent les fiançailles d'Auguste, Ed. Panckouke t. I p. 232.

(3) Schol. Cruq ad. Hor. sat. 1, 5, 6. 9, ; egressi annos pueritiæ jam sumpta toga diis Penatibus bullas suas consecrabant ut puellæ pupas — Persius : 2, 70, Veneri donatæ a virgine pupæ. — Varro : Solebant virgines, antequam nuberent quædam virginitatis suæ dona Veneri consecrare. (Textes cités par Glasson *op. cit.* p. 169.)

(4) Sur les cadeaux offerts à la fiancée, notamment sur le camée symbolique représentant Éros tirant les cheveux de Psyché, ce qui signifiait : « Mon âme est torturée par l'amour ». Voy. R. Ménard, *La Vie privée des Anciens*, p. 161.

(5) C'est ce qui explique le mot *pignus*, nom donné quelquefois à l'anneau. V. notamment Juvenal. *Sat.* VII; Pline, *Histoire naturelle*, 1, 33, chap. I : « quo argumento etiam nunc sponsæ ferreus annulus mittitur, isque sine gemma ». Marquardt parle cependant de bagues ornées d'une pierre portant deux mains entrelacées et qui ont dû servir, sans doute, de cadeau de fiançailles. *(Vie privée des Romains.* Trad. Henry, t. I. p. 50.)

(6) Isid. *de Eccl. offic.* II, 20, 8, quod in primis annulus a sponso sponsæ datur, fit hoc nimirum vel propter mutuæ fidei signum vel propter id magis, ut eodem pignore eorum corda jungantur. Unde et quarto digito annulus idem inseritur. *Adde :* Aulu-Gelle x, 10. Les Grecs connaissaient aussi l'usage de l'anneau. (Cujas, t. v, col. 559.)

C'était à la fois un moyen de dédit et une manifestation de l'échange des consentements (1).

Godefroy (2), en son magistral commentaire du Code Théodosien, estime que ce sont les lois *Julia* et *Papia Poppea*, promulguées sous Auguste, qui, les premières, traitèrent des arrhes. Elles décidaient que le fiancé qui, sans motifs, se retirerait, paierait, en guise d'amende, le quadruple de sa prestation arrhatoire. Cette sévérité, tempérée plus tard par des distinctions équitables (3), s'expliquait par le but des lois caducaires qui prônaient le mariage et entravaient, autant qu'elles le pouvaient, en un temps de démoralisation, la rupture des engagements qui le favorisent.

La sévérité, d'ailleurs, était toute relative, car les arrhes consistaient probablement en des sommes très minimes. C'est, à notre avis, la meilleure façon de rendre compte de leur persistance à une époque où, comme nous le verrons dans la suite, la clause pénale était rigoureusement prohibée. En effet, en raison même de l'importance de la somme

(1) Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (Leipzig, 1891) p. 266 n° 3 et 268 n° 4.

(2) Gothofredus. *Comm. ad. L. 6, C. Theod. De Sponsalibus*, III, 5. C'est aussi l'avis de M. Meynial *(op. cit.* p. 10, note 1), qui remarque qu'une Constitution, insérée au Code de Justinien (loi 5, *De Sp.)*, attribue la *pœna* du quadruble à des *leges*. « D'une part, on ne connaît aucune *lex* postérieure à la loi Julia, sur le mariage; d'une autre, c'est par un autre terme qu'on désignerait une Constitution impériale. »

(3) I. Constitution de 380 de Gratien, Valentinien et Théodose (L. 6, C. Th. *De Sp.* L. III, t. 5) ; quatre cas à distinguer : 1° la fiancée a moins de 10 ans; en cas de rupture, simple restitution des arrhes; 2° la jeune fille a de 10 à 12 ans; les fiançailles violées sont punies de la peine du quadruple infligée aux parents; 3° la veuve qui rompt les *sponsalia* subit également la peine du quadruple; 4° enfin, quand la *puella* a plus de 12 ans, elle est aussi tenue du quadruple, à moins qu'elle ne se soit fiancée, *sine consensu parentum*, car alors l'engagement étant nul, n'a pu produire aucun effet. Dans ces quatre hypothèses, il est bien entendu que la dénonciation des fiançailles ne repose sur aucun motif sérieux. — II. Constitution de 469 de Léon et Anthémius (L. 5, C. J. *De Spons.* L. v, t. 1). Le maximum de la *pœna* n'est jamais supérieur au double. La simple restitution des arrhes suffit quand la fiancée a moins de 25 ans ou qu'elle invoque une juste cause de résiliation ignorée d'elle lors du contrat. — III. Enfin (lex unica. C. J. *Si rector provinciæ*, L. v, t. 2), la provinciale fiancée à un gouverneur, peut contrevenir à son engagement sans donner de raison et tout en gardant les arrhes à titre lucratif.

sur laquelle elle portait, on tenait, à bon droit, la *stipulatio pœnæ* pour un sérieux obstacle de nature à gêner la libre résolution des fiançailles.

Puis, en outre, la remise de l'arrhe ne se conçoit pas sans un dessaisissement actuel auquel on ne consentira d'habitude qu'après mûre réflexion. Au contraire, la *stipulatio pœnæ*, n'exigeant aucune dépossession immédiate, puisqu'elle s'analyse en une simple obligation éventuelle, on souscrira un tel engagement avec d'autant plus de facilité et d'imprudente générosité que l'on s'imagine volontiers que les circonstances en vue desquelles on contracte ne se réaliseront jamais. Ces explications préliminaires aideront peut-être à comprendre maintenant la très subtile réflexion de Maynz (1). « Pourquoi, dit-il, cette différence entre les arrhes et la *stipulatio pœnæ* ? pour un motif analogue à celui qui a dicté la disposition : 1° du *S. C. Velleïen* qui annule les obligations qu'une femme contracte pour autrui, tandis qu'il la laisse libre de donner ; 2° de la loi *Julia de adulteriis*, qui autorise la femme mariée à valider par son approbation l'aliénation du fonds dotal, tandis que cette approbation ne produit pas le même effet à l'égard des hypothèques consenties par le mari. »

§ IV. — ***Des conditions de validité.*** — Les fiançailles n'étant qu'un acheminement vers le mariage, les conditions de validité sont à peu près les mêmes pour ces deux actes.

Il importe, tout d'abord, d'examiner celles qui se rapportent au consentement. Le principe est posé par Paul : « *In sponsalibus consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur* (2).

A l'origine, la puissance paternelle, mettant d'un côté tous les droits et de l'autre tous les devoirs, fonctionnait à Rome avec une telle énergie que le seul consentement

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. III, p. 16, note 11.
(2) L. 7, p. *De Spons.*

légal pour les fiançailles des *alieni juris* (1) était celui de leurs *patresfamilias*. Ce sont eux qui stipulent et se promettent l'un à l'autre l'union future de leurs enfants sans que l'acquiescement de ces derniers paraisse nécessaire. Plus tard, au moins pour les garçons, la jurisprudence classique, plus individualiste, exigea le consentement distinct des *patres* et des fiancés (2), et, comme en matière de mariage, tandis que celui de ces derniers devint indispensable, celui des ascendants *(jussum patris)* pût être suppléé dans certains cas déterminés (3).

L'influence des familles était cependant prépondérante par suite de l'usage très répandu de fiançailles précoces. Les *patres* prenaient souvent des engagements soumis à la ratification postérieure de l'enfant (4). C'est ainsi que l'on s'explique que la fille d'Agrippa ait pu être promise à Tibère dès sa première année *(vix annicula)* (5). L'exemple n'est pas unique de ces fiançailles enfantines, et l'on en vit même se nouer autour des berceaux ; aux dires de Tacite, une fille de Séjean et un fils de Claude furent destinés l'un à l'autre le jour de leur naissance (6). Dans ces pratiques, en honneur surtout dans l'aristocratie, il y avait assurément moins de véritables fiançailles que de très vagues et lointains projets que l'on abandonnait, sans doute en souriant,

---

(1) Quant aux *sui juris*, ils peuvent se fiancer comme ils le veulent (la *potestas tutoris* ne portant que sur les biens). Cela n'est vrai que pour les enfants mâles. La tutelle à laquelle étaient soumises les femmes *sui juris* donnait-elle au tuteur le droit de consentir aux fiançailles ? V. Meynial, *op. cit.* p. 20.

(2) L. 11 et 14 D. *De Spons.*

(3) Absence, aliénation mentale, etc. (Justinien, *Inst.* I, X. *De Nuptiis*). D'autre part la loi Julia de 736 organise contre le refus de l'ascendant un droit de recours au magistrat, dont notre droit moderne aurait dû faire son profit. A la vérité, les textes précités ne visent que le consentement au mariage, mais ils durent être étendus aux fiançailles par analogie évidente

(4) Pomponius L. 5, D. *De Spons.*

(5) Friedlander, *Mœurs romaines sous l'Empire* (trad. de 1865) p. 549.

(6) Tacite. *Annales* III, 29, IV, 27; XII, 3, 9. Julie, fille d'Auguste, fut fiancée à deux ans au fils d'Antoine qui en avait dix. (Voy. Beulé, *Auguste, sa famille et ses amis* (1867) p. 129 et 161. Dans la collection des Inscriptions romaines d'Orelli (n° 2647) nous voyons figurer une *sponsa* âgée de 8 ans.

aux caprices des événements et aux hasards des circonstances...

Quoi qu'il en soit, l'autorité paternelle se faisait plus fortement sentir sur la personne de la fille que sur celle du fils; d'après Ulpien, la fille ne pouvait contrevenir à la volonté du père que si le candidat qu'il lui offrait était un homme de mœurs honteuses ou de condition inférieure *(indignus moribus vel turpis)* (1), tandis que Paul reconnaît au fils le droit de s'opposer sans donner de motifs aux intentions paternelles (2).

A l'appui de cette différence choquante, on alléguait *l'imbecillitas sexus* et, en outre, cette considération toute pratique déjà signalée par Aristophane, à savoir que les filles sont plus difficiles à établir que les garçons (3). Il serait malséant qu'un caprice féminin vînt, au dernier moment, rompre à la légère les négociations entreprises. En matière matrimoniale, d'ailleurs, comme l'affirme sentencieusement une Constitution, la volonté d'une femme est, le plus souvent, en contradiction avec ses véritables intérêts (4).

Quand le consentement a été obtenu dans les conditions exigées par la loi, il faut de plus, pour que les fiançailles valent, qu'elles lient deux personnes entre lesquelles le mariage est permis. Le *connubium* est requis pour les *sponsalia* comme pour les *justæ nuptiæ* : *Cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque nequidem desponderi potest, nam quæ duci potest, jure despondetur* (5).

D'abord interdit entre patriciens et plébeins, puis entre ingénus et affranchis jusqu'en 736, le mariage ne fut plus

(1) L. 12, p. D. *De Spons.*

(2) L. 3, D. *De Spons.*

(3) *Lisystrata :* L'homme, si blanc que soient ses cheveux, a bien vite emmené chez lui une charmante fiancée. Mais la jeunesse de la femme passe vite et, si elle n'a pas su en profiter, elle reste seule à feuilleter le livre interprète des songes. (Aristophane *Lisystrata*, vers 59 et suiv. cités par Colin, *op. cit.* p. 30.)

(4) L. 4, C. J. *De Spons.* V. I. (Cons. des Empereurs Honorius et Théodose.)

(5) L. 60, § 5, D., *De Ritu nuptiarum* XXIII, 2.

prohibé par Auguste qu'entre membres de la classe sénatoriale et les femmes de mœurs ou de profession honteuses. On sait dans quel but Justinien supprima cette dernière barrière (1). Il est évident que les mêmes entraves s'opposaient aux fiançailles mal assorties, et c'est, au surplus, ce que nous dit Ulpien (2), interprétant une Constitution d'Antonin et de Commode.

Dans la crainte d'une fâcheuse pression, il était défendu au tuteur de se marier ou de se fiancer avec sa pupille (3). En cela on n'obéissait point à un sentiment de délicatesse ou de haute convenance; on voulait simplement mettre le tuteur dans l'impossibilité de se soustraire par une union avec sa pupille à l'obligation de lui rendre des comptes.

Les obstacles temporaires, à raison même de leur nature, n'empêchent pas la conclusion de *sponsalia* valables (4). L'impuberté est passagère; peu importe donc que les fiancés ne soient pas encore parvenus à l'âge où l'on est sollicité par la nature de satisfaire aux œuvres du mariage; il suffit, pour que leurs engagements prénuptiaux soient valables, qu'ils comprennent la portée de leurs actes, c'est-à-dire, d'après Modestin, qu'ils aient au moins 7 ans (5).

Les dix mois de viduité imposés à la femme veuve ou divorcée ne sont qu'un obstacle momentané; aussi, peut-elle se fiancer pendant ce délai, car la *turbatio sanguinis* n'est pas à redouter (6).

---

(1) Sur ces empêchements, V. Girard, *op. cit.*, p. 152.

(2) L. 16, D. *De Spons*, XXIII, 1. Est-il besoin d'ajouter que la prohibition du mariage entre personnes de nationalité différente et entre parents trop rapprochés s'appliquent également aux fiançailles ?

(3) L. 15, D. *De Spons.* — Paul L. 36, *De Ritu nupt.* XXIII, 2.

(4) Warnkœnig dit très exactement : « Qui nuptias omnino contrahere non possunt, et inter quos nullum est connubium, nec sponsalia inire possunt; qui vero non nisi ad tempus impediuntur, recte sponsalia faciunt. *Commentarii juris romani privati*, 3 vol., (Léodii, 1829) III n° 837.

(5) L. 14. D. *De Spons.* Je signale, en passant, l'extrême importance de ce texte sur lequel on s'appuie dans la théorie générale de la capacité pour décider que, déjà en droit classique, l'*infantia* finissait à l'âge fixe de 7 ans. M. Girard, se basant sur ce qu'il contient une contradiction, déclare qu'on ne peut en faire état. V. Girard *op. cit.* p. 194, note 3.

(6) Paul, L. 9, § 1er D, *De his qui notantur infamia*, III. 2 : « Sponsi nullus luctus est. »

De même le gouverneur ne peut se marier dans sa province, mais il est toléré qu'il s'y fiance (1). Le jour des noces ses fonctions auront cessé ou bien il les exercera dans une autre région. Il n'en est pas moins vrai que des abus d'autorité étaient à prévoir, aussi très sagement avait-on autorisé ici le dédit avec une facilité tout exceptionnelle (2).

§ V. — ***Force obligatoire des fiançailles.*** — *a) Temps anciens.* — Si les Romains primitifs ont pratiqué les fiançailles jurées dont l'instrument était la *sponsio* religieuse ou serment promissoire, l'action rigoureuse qui en naissait au profit du créancier, en l'espèce, le fiancé délaissé, lui donnait peut-être le droit de mettre à mort ou de vendre *trans Tiberim* le *sponsus* qui avait manqué à la foi jurée (3).

Ce n'est qu'une audacieuse hypothèse. Il semble bien au contraire que le contrat de fiançailles n'a jamais octroyé à Rome un droit sur la personne. Il s'agit simplement de savoir si le fiancé abandonné sans motif a le droit d'obtenir une réparation pécuniaire.

Aulu-Gelle nous rapporte que, dans le Latium (4), après l'intervention des stipulations, si la *sperata*, devenue *sponsa*, n'était pas donnée en mariage ou si le *sponsus* refusait de l'épouser, le stipulant fidèle était armé contre l'autre d'une *actio ex sponsu*. Le juge estimait le litige en valeur monnayée et condamnait celle des deux parties qui se dérobait à ses engagements *quanti interfuerit eam accipi*

---

(1) Paul, *Sentences*, II, 38, pr.

(2) Lex unica C. *Si rector provincœ...* V, 2. La fiancée peut rompre les fiançailles sans motif en gardant même les arrhes qu'elle a reçues. — L'Empereur Léon alla encore plus loin et supprima pour les gouverneurs la faculté de se fiancer dans leurs provinces.

(3) D'après M. Danz, en effet, la sanction de la *sponsio* ne serait autre que la *manus injectio*. (V. Girard *op. cit.* p. 475 note 3 *in medio.)* Maynz incline à penser que les fiançailles n'étaient pas sanctionnées. « En tout cas, si elles le furent à l'origine, avant la création de la *condictio incerti* (évidemment de beaucoup postérieure à la période dont il s'agit) l'action employée dut être la *sacramenti legis actio* suivie d'un *arbitrum liti œstimandœ*. » Maynz *op. cit.* t. III, § 307 p. 15 et 16.

(4) Antérieurement à la loi *Julia* attributive du droit de cité à tous les Latins.

aut dari (1). Les Romains recueillirent cet usage et l'adaptèrent à leur système juridique. Les fiançailles stipulatoires engendrent une *condictio* plus exactement une *actio ex sponsu* qui, par cela seul que les paroles sacramentelles ont été prononcées, en jaillit en quelque sorte automatiquement. Et, comme en ces matières où l'objet du contrat n'est pas pécuniaire, l'appréciation du préjudice est toujours délicate, il était d'un usage constant d'ajouter aux *sponsalia* une clause pénale permettant l'évaluation fixe des parties, préférable à celle toujours plus arbitraire du juge (2).

Cette doctrine se heurte à l'opinion de **Ihering** qui, méconnaissant ici la technique du droit romain, a nié l'existence de *l'actio ex sponsu :* « Le mariage libre et toujours dissoluble, les fiançailles obligatoires ce serait là, affirme le grand Romaniste, une étrange contradiction. » (3)

Objection défaillante. — Sans doute, le mariage est toujours dissoluble, nous ne l'ignorons pas ; mais nous savons aussi que celui qui exerce arbitrairement le *repudium* est frappé d'une peine pécuniaire (4). Or, notre théorie ne réclame pas une autre sanction pour les *sponsalia* violées sans motifs. — Quant à la liberté du mariage, à l'époque des fiançailles par stipulations, cette idée ne s'est pas encore fait jour, du moins avec toute l'ampleur que lui donneront

---

(1) *Nuits attiques*, IV-4.

(2) La clause pénale était peut-être même, à l'origine, un détour indispensable, si on admet que le droit archaïque refusait toute efficacité juridique à la promesse de faire. Il est possible qu'anciennement toutes les obligations contractuelles aient dû avoir la détermination la plus précise que l'on puisse imaginer, qu'elles aient dû toutes avoir pour objet une certaine quantité de monnaie. (V. Girard *op. cit.* p. 135, 2 *in fine* et la note.)

(3) De Ihering. *L'Esprit du droit romain*, (2e éd.) Trad. Meulenaere, t. II, p. 219 et s. « Pourquoi, ajoute de Ihering, aurait-on attaché aux fiançailles une force obligatoire plus grande qu'au mariage ? On aurait dû plutôt s'attendre au contraire. Et quelle eût été l'utilité pratique d'une telle mesure ? Lorsque le fiancé ou le père de la fiancée s'opposait à la célébration du mariage l'*actio ex sponsu*, croit-on, pouvait les y contraindre. Mais, à quoi bon cette contrainte si les deux époux pouvaient ensuite dissoudre le mariage ? La voie était toute tracée pour annuler entièrement les effets d'une action en cette matière, et ce n'est certes pas aux Romains que l'on peut attribuer la création d'un circuit aussi inutile. »

(4) Voir Girard, *op. cit.* p. 156 et 157.

plus tard les jurisconsultes classiques. Cette liberté n'est pas, d'ailleurs, sérieusement compromise ; la *condictio*, n'agissant pas sur la personne elle-même, ne tend pas dans son exercice à la conclusion obligatoire du mariage (1), mais seulement, nous l'avons dit, à une condamnation pécuniaire. Cette condamnation ne pouvait être procurée que par une action dont l'existence, contestée par de Ihering, résulte d'une façon implicite d'un texte très probant. Dans son *Aululaire*, Plaute parle des *sponsalia*, et Varron, commentant l'auteur comique, déclare que c'est le préteur qui en connaissait (2). Ne fallait-il pas pour cela que le contrat fût muni d'action ?

D'après de Ihering (3), au contraire, les *sponsalia* n'étaient pas du ressort du *jus*, elles ne relevaient que du *fas*. Les engagements qui en naissaient étaient tout de conscience et d'honneur ; mais comment expliquer dans ce système l'intervention prétorienne ? Si le censeur était dans son rôle en marquant de la *nota* (4) le fiancé traître à sa parole, nous croyons que cette sanction morale venait s'ajouter simplement à celle de la loi et ne la suppléait pas (5).

---

(1) C'est probablement parce qu'il estime que l'*actio ex sponsu* tendrait à la réalisation forcée de la promesse que de Ihering ne croit pas à son existence ; voy. la note 3 *in medio* de la page précédente.

(2) Voici le passage de Plaute : « Sponden tuam gnatam filio uxorem meo ? » et le commentaire de Varron : « Quod tum et pretorium jus ad legem..... estimabatur. » Varron, *De Lingua latina*, VI, 70, 71.

(3) De Ihering, *op. cit.* p. 219 et suiv.

(4) Sur l'infamie censorienne résultant de la notation du censeur V. Mommsen, *Droit public*, 2, p. 143 à 146.

(5) Le passage précité de Varron est très formel : Quod tum et prœtorium jus ad legem **et** censorium judicium ad œquum estimabatur *(de Lingua latina* VII, 70, 71). La conjonction **et** indique bien que la contrainte morale ne faisait que s'ajouter à la contrainte légale sans la remplacer, *sic ;* Karlowa, *op. cit.* t. II, p. 176. — Il nous paraît qu'il convient de s'incliner devant la haute autorité de Varron. Il est étrange d'affirmer *a priori* que le polygraphe, d'ordinaire si bien informé, s'est ici grossièrement trompé. — De Ihering *(op. cit.* p. 219 et suiv.) nous dit : « Au temps de Varron la *sponsio* est civilement sanctionnée ; les fiançailles se formant par stipulation, Varron en a tiré cette conséquence, — sans doute, un peu à la légère et sans y réfléchir davantage, — qu'elles avaient, à l'origine, la pleine vigueur juridique d'une *sponsio* quelconque. » — Qu'on nous permette de trouver que la conclusion du grand romaniste, malgré son assurance, est singulièrement hasardée. Elle ne

b) Époque classique. — Le formalisme peu à peu se débilite. Aux *sponsalia* solennelles succèdent les consensuelles (1). Ce revirement du droit eut pour conséquence d'affaiblir la force obligatoire des fiançailles. Quand la solide armature stipulatoire eut disparu pour faire place au simple consentement tout nu, les parties, moins impressionnées par une convention qui n'exigeait plus de paroles officielles arrêtées à l'avance, durent se croire assez peu engagées par un contrat qui se formait avec une si grande facilité. Ajoutez à cela qu'à l'inverse des fiançailles stipulées, requérant de toute nécessité, — c'est un des avantages du formalisme (2), — la présence réelle et le concours effectif des parties, les nouveaux accords prénuptiaux, devenus consensuels, peuvent, suivant le droit commun, se nouer entre absents. Il est permis de se fiancer par lettre ou messager, ou bien encore de confier à un mandataire le soin des négociations

---

repose sur aucun fondement et ne tient aucun compte de la phrase suggestive de Varron : « Quod **tum et prœtorium jus ad legem** et censorium jus ad œquum estimabatur. » Comment, en notre matière, cet auteur n'aurait-il pas pesé soigneusement tous ses mots ? Il nous dit que le préteur connaissait du contrat de fiançailles ; ce ne peut être par inadvertance. Du temps de Varron, encore plus qu'aujourd'hui, le point culminant de la théorie des fiançailles, son unique intérêt, pour ainsi dire, était de savoir si les *sponsalia* étaient sanctionnées en droit, ou si leur exécution ne relevait, au contraire, que de la morale et de la conscience. Nous croyons que le texte de Varron est assez explicite, quoi qu'en pense Maynz (*op. cit.* p. 14 et 15), pour nous permettre d'affirmer l'existence certaine d'une *actio ex sponsu*. M. Voigt donne de notre document une explication embarrassée et à côté, *Das jus naturale*, t. II, (Leipzig 1858) p. 234, n° 246. Ce sujet a provoqué une littérature très abondante. Citons notamment Giraud, *Les Tables de Salpensa et de Malaga*, (2me éd. 1856), p. 98, 99 ; Pacchioni, *Archivio giuridico*, t. 39, *Actio ex sponsu* p. 411 et s.

(1) A la même époque, dans le droit du patrimoine, un progrès se produit, qui transforme la vente de contrat formel se réalisant par une double stipulation en un contrat consensuel parfait par le seul échange des consentements. Le mot *sponsalia* subsiste cependant après la disparition des stipulations qui, autrefois, l'expliquaient. « De même l'émancipation romaine ne changea pas d'appellation après la suppression des mancipations par lesquelles elle se réalisait anciennement. Il y a en droit, comme ailleurs, un certain nombre d'expressions qui ressemblent à de vieilles étiquettes laissées par mégarde sur des vases dont on a renouvelé le contenu ! » (Gide, *De la Novation*, (Paris, 1879) p. 2.)

(2) Sur cet avantage et d'autres encore, V. Girard, *Manuel*, p. 422-423.

matrimoniales (1). Autrefois, les intéressés devaient se rencontrer forcément; ils réfléchissaient avant d'accomplir eux-mêmes la solennité légale qui, seule, les liera; aussi ce n'est pas à la légère qu'ils contractaient.

Désormais, avec le régime consensuel, les fiançailles perdent une bonne partie de leur sérieux de jadis; on s'engage souvent sans se connaître, parfois même sans s'être jamais vu. Les fiançailles ne pouvaient, dès lors, conserver la rigoureuse énergie juridique qu'elles possédaient autrefois, — et cela en un temps où une raison décisive allait s'ajouter à celle dont nous parlons pour précipiter la décadence de notre institution.

A la fin de la République, et surtout sous l'Empire, le divorce, vu pendant des siècles avec défaveur, règne à Rome en souverain maître. Les matrones des premières familles comptent leurs années non par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris (2). Le divorce est la mode du jour, et les grands citoyens abondent qui, volontiers, y sacrifient. Il est reçu dans les usages mondains, de se marier plusieurs fois, après divorces successifs (3). On se joue alors du mariage et l'on se rit des fiançailles. Comme le lien conjugal, celui encore plus ténu, résultant des *sponsalia*, est d'une extrême fragilité; on le brise avec d'autant moins de scrupules qu'on ne court à le faire aucun risque.

En effet, la *stipulatio pœnæ* de l'ancien temps devient inopérante; il est même interdit d'en assortir désormais

---

(1) Ulpien, loi 18. D. *De Spons*, liv. XXIII, 1 « In sponsalibus constituendis parvi refert per se et coram, an per internuntiun vel per epistolam, an per alium hoc factum est : et fere plerumque conditiones interpositis personis (expediuntur). » — Voir un cas de mandat spécial dans la L. 34, p D, *De Ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

(2) V. Glasson, *op. cit.* p. 175. On les appelait les femmes de beaucoup de noces *(multarum nuptiarum)*; V. Dezobry, *Rome au Siècle d'Auguste*, (4e édit.) t. 3. p. 21, *in fine;* Marquardt, *Vie privée des Romains*, t. 1, p. 85 et s.

(3) Ovide et Pline le Jeune se marièrent trois fois; César et Antoine, quatre; Cinna et Pompée, cinq. Une inscription funéraire de l'Empire nous parle d'une septième épouse et les auteurs satiriques vont encore plus loin. (Marquardt, *op. cit.*, t. 1, p. 70.)

notre contrat. La liberté individuelle, trop méconnue à l'époque précédente, revendique jalousement ses droits. Les jurisconsultes s'appliquent à la protéger contre elle-même (1). Ils craignent que les fiançailles, accompagnées du stimulant de la *pœna*, incitent, par une menace assez efficace, les parties à contracter, malgré elles, un mariage qui ne leur plaît plus. La liberté subirait, de ce chef, une atteinte dans une matière où il semble qu'elle n'en doive souffrir aucune. Aussi, Paul s'écrie-t-il avec force : « *Inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia astringi, sive futura sive jam contracta.* » (2)

c) Bas-Empire. — Au Bas-Empire, la législation ne change pas. Les Constitutions renouvellent la prohibition de la clause pénale (3) adjointe aux fiançailles et maintiennent, par suite, à ces dernières leur précarité ancienne. Mais les mœurs leur accordèrent la faveur que leur refusait la loi. Sous l'influence du Christianisme, qui monte avec Constantin sur le trône, le mariage est encouragé et les fiançailles reviennent en honneur. L'Église est pleine de sollicitude pour les fiancés; dans ses assemblées, elle bénit leurs promesses et prodigue ses louanges à l'*osculum* (4) qui les scelle. Entre le mariage et les fiançailles, « ce mariage commençant », l'on considère qu'il n'y a plus qu'une différence tout entière dans l'intention des parties et qui affecte seulement l'exécution du contrat; c'est que la consomma-

---

(1) On connaît la phrase de Ihering : « Une des tendances fondamentales du droit romain a été d'empêcher la liberté de s'anéantir elle-même. » (*Op. cit.*, p. 216, t. 2.)

(2) L. 134 p. D, *De verb., oblig.* XLV. 1. Paul ajoute que la *stipulatio pœnæ*, ayant été : « *interposita non secundum bonos mores* », il y a lieu de la repousser au moyen de *l'exeptio doli.*

(3) Citons, comme exemples : Cons. Léon et Anthémius : « *In contrahendis nuptiis libera potestas esse debet.* » (C. L. 5 *in fine* v, 1) ; Rescrit d'Alexandre : *Stipulationes quibus pœnæ irrogentur ei qui (quæve) divortium fecisset, ratas non habere constat.* (L. 2, C. *De Inutilibus Stipulationibus* VIII, 39.) Le mot *divortium* s'applique aussi bien à la rupture des fiançailles qu'au divorce proprement dit.

(4) L'*osculum* est une cérémonie que l'Église a introduite dans beaucoup de ses rites.

tion du mariage est remise à une époque postérieure ou fixée déjà ou à fixer (1). Dans cette conception, les fiançailles ont une grande force obligatoire. Le pouvoir impérial, longtemps rebelle, s'associe aux idées nouvelles et, au IXe siècle, Léon le Philosophe, dans sa *Novelle* 18, déclare pleinement valable la clause pénale escortant les *sponsalia* (2). La législation romaine se trouvait ainsi ramenée à son premier état.

§ VI. — ***Effets légaux des fiançailles.*** — Les fiançailles originaires dont les Romains avaient hérité des Latins se réalisaient par une double stipulation. « A raison même de l'importance formelle du mariage, elles ne sont, en rien, dit M. Meynial, considérées comme un prélude réel du mariage, comme l'acte initial de sa formation, participant en quelque chose de sa nature ou de ses effets. » (3) Simples stipulations comme les autres, nullement modificatives de l'état des personnes, elles n'ont d'autre effet que de déterminer les parties, par la menace d'une clause pénale, à exécuter leurs promesses. Elles n'ont alors qu'une portée purement pécuniaire et ne sont pas encore un acte du droit de famille,

Elles le devinrent à partir des lois caducaires d'Auguste. (4) Ces lois qui frappaient les célibataires, accordaient, en revanche, des récompenses *(præmia maritorum)* aux citoyens mariés. Il rentrait dans l'esprit de cette législation de traiter les fiancés avec la même bienveillance (5), aussi

---

(1) Meynial, *op. cit.* p. 15. L'effet coactif des *sponsalia* est même si fort qu'une Constitution semble dire qu'après les fiançailles célébrées, on pouvait, avec autorisation de l'Empereur, obtenir l'exécution du mariage, malgré la volonté de la fiancée (L. unica C. *Si nuptiis ex rescripto.* L. 4, t. 8.)

(2) Novelle 18, *Ut in sponsalibus constituta pœna exigatur. Le* « *sponsalium eversor* » est, désormais, tenu de payer une indemnité.

(3) Meynial, *op. cit.* p. 8 et 9.

(4) Sur ces lois, V. Girard, *op. cit.* p. 852, 853.

(5) L'assimilation est constante ; tout au moins dans le fragment que Paul nous a conservé (L. 44. D. *De Ritu nup.)* mariage et fiançailles sont toujours unis dans une même disposition. *(Sponsam uxoremve — Sponsa nuptave.)*

à maintes reprises, les voyons-nous, dans les textes caducaires, profiter des avantages réservés aux *patres;* mais on exigeait pour cela que les fiançailles fussent suivies d'un mariage effectif au bout de deux ans au plus tard, autrement, — hypothèse peut-être un peu aventureuse, — en se fiançant avec des filles très jeunes, à l'aide de *repudia* successifs et de la complicité des familles, un célibataire endurci eût pu, sans danger, braver les sévérités des *Leges novæ* (1).

L'exemple était donné; les lois postérieures calquent sur ceux du mariage les effets des *sponsalia* et, dans cette assimilation qui va sans cesse grandissant, les jurisconsultes puisent leur principe général d'interprétation (2).

Avant le *repudium*, il y a entre les fiancés et leurs proches (3) les mêmes empêchements que ceux qui résultent du mariage. Comme ce dernier, les *sponsalia* créent entre les parties et leurs parents des relations cordiales qui sont la source d'une quasi-affinité (4); aussi, par un sentiment de décence facile à comprendre, avait-on accordé au fiancé la même faveur qu'au gendre; il lui était loisible de ne point porter de témoignage en justice contre le père de la

---

(1) Cette fraude explique la phrase de Suétone, parlant d'Auguste : « *Cum immaturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis sentiret, tempus sponsas habendi coarctavit, divortiis modum imposuit.* » *(Vita Augusti, c. 34.)* Comme le mariage n'était possible pour les filles qu'à 12 ans, âge légal de la nubilité, les fiançailles utiles pour procurer le *caduca*, ne pouvaient avoir lieu au plus tôt qu'à 10 ans; mais, contractées auparavant, elles n'en étaient pas moins valables, sauf au regard des *Leges novæ*. — Gaïus mentionne, d'ailleurs, certains cas exceptionnels (maladie, mort des parents, voyage) où le délai de deux ans était prolongé. (L. 17. D. *De Sp.*)

(2) Ainsi, Modestin, après avoir dit que le tuteur ne peut épouser sa pupille étend par analogie la même prohibition aux *sponsalia* et conclut : « *Scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere.* » (l. 15, *in fine*. D. *De Sp.)*

(3) Ainsi Ulpien interdit le mariage entre le fils et la fiancée du père, entre le père et la fiancée du fils. (L. 12, § 1 et 2, *De Ritu nup*, XXIII, 2.)

(4) Certains textes, en parlant du lien qui unit les fiancés, emploient le mot *adfinitas*. (L 38, § 1. D. XXII, 1.) — Dans le *Trinummus* de Plaute, voici l'exclamation dont un fiancé, salue, après les fiançailles *(sponsio sponsalicia)*, les parents de la jeune fille : « *Oh! salvete, adfines mei!* » (Plaute, *Trinummus*, V. II, vers. 33.)

sponsa (1). — Celui qui conclut de nouvelles fiançailles, *(bina sponsalia)* au mépris des anciennes est, comme le bigame, frappé d'infamie par le préteur (2) et, quand il se trouve encore en puissance, il en est de même du *paterfamilias* qui n'a rien fait pour empêcher ce scandale (3). — A partir des *sponsalia,* la jeune fille ne s'appartient plus sans partage; elle doit, avec soin, conserver intact non plus seulement son honneur, mais aussi celui de son futur époux, qui ne se sépare pas d'avec le sien. A Rome, toute femme peut impunément se prostituer, pourvu qu'elle adresse une déclaration préalable aux édiles. Dès qu'elle est épouse ou fiancée, elle n'en a plus le droit (4). — Le devoir de fidélité est imposé à la *sponsa.* Quand elle y manque, elle est punie des peines de l'adultère par un rescrit de Sévère et d'Antonin (5). En dehors du *judicium publicum* (6), motivé par la gravité de l'adultère, le fiancé trompé peut se plaindre du *stupre* et agir *jure mariti* avant même la rupture des *sponsalia* (7). — S'il est ainsi autorisé

---

(1) L. 5 D. *De Testibus,* XXIII, 5.

(2) Alors même qu'en raison d'un empêchement de droit ou de fait, les secondes fiançailles n'aboutiraient pas à un mariage régulier. (Ulpien, L. 13, § 4. D. *De his qui not. inf,* III, 2.)

(3) L. 13, § 1. D. *Eod. tit.* : « *Si quis, alieno nomine, bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi ejus nomine constituat, quem quamve in potestate haberet.* » De plus, le fiancé qui a noué de nouveaux liens est frappé d'une incapacité partielle de postuler pour autrui, disait l'Édit. (Girard, *Textes* (2e éd.), p. 120.)

(4) V. Esmein, *Mélanges, Le Délit d'adultère à Rome,* p. 97.

(5) « *Quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur.* » (L. 13, § 3. D. *Ad Legem Juliam de Adulteriis,* XLVIII, 5) ; *Adde.* L. 7. C, *Ad Legem Jul. de Ad.,* IX, 9.) — On se demanda même si on ne pouvait pas intenter une poursuite analogue contre la fiancée que son père avait donnée en mariage à un autre que celui primitivement choisi par lui. (Papinien, L. II, § 7. D. *eod. tit.)*

(6) Si le fiancé n'agit pas lui même dans les soixante jours qui suivent la répudiation, la poursuite peut être dirigée contre la *sponsa* par n'importe qui. (Girard, *Manuel,* p. 162, n. 3.)

(7) M. Girard estime que c'est plutôt à titre de vengeance licite qu'à titre de juridiction, que la loi donne au mari et au fiancé des droits si étendus *(op. cit.* p. 161 et 162). Sur les peines de l'adultère, voir le même auteur, p. 162, note 3. — Cp. *Mosaïcarum et Romanarum legum collatio,* t. VI, 6, 1. (Girard, *Textes,* (2e éd.) p. 505). — De ce texte, il semblerait résulter que le fiancé ne peut agir que *jure extranei.*

à poursuivre l'outrage fait à son honneur par celle qu'il a élue pour compagne, c'est qu'en vertu de son contrat, il a déjà un certain droit sur elle, et ce droit lui permet comme au mari, de venger en justice les injures dont on offense la *sponsa* car *spectant ad contumeliam ejus* (1).

Cette considération, ce n'est pas seulement des tiers que le fiancé doit l'exiger pour celle qui sera bientôt sa femme; le premier, c'est lui qui la lui doit, alors même qu'elle semblerait ne plus la mériter. Celui au préjudice de qui des détournements ont été commis par sa propre fiancée doit, *propter reverentiam personarum*, user à son égard, — comme il l'aurait fait plus tard si c'eut été déjà son épouse, — de la *condictio furtiva* et non de *l'actio furti*, qui présente un caractère infamant (2).

Enfin, — chose étrange, — on agita la question de savoir si la fiancée pouvait se marier aussitôt après la mort de son promis (3). De même que la veuve, ne devait-on pas la soumettre au délai de dix mois ? Paul répondit que non. La *commixtio sexuum* n'ayant pas eu lieu, la *turbatio sanguinis* n'était pas à craindre. Et, avec une concise brutalité, le jurisconsulte nous dit : « *Sponsi nullus luctus est.* » (4)

Au Bas-Empire, Constantin, préoccupé, sous l'influence de l'Église, de resserrer très fort le lien des fiançailles, décida, en 332, que la jeune fille devrait attendre deux ans son fiancé militaire. Si, durant ce délai, elle se marie avec un autre, l'union est nulle et les parents qui y ont consenti encourent la *relegatio* dans une île (5). Justinien étendit à

---

(1) Ulpien : « *Sponsum quoque ad injuriarum actionem admittendum puto : etenim spectat ad contumeliam ejus injuria quæcumque sponsæ ejus fiat.* » (L. 15, § 24. *De Injuriis*, D. XLVII, 10.)

(2) L. 3, § 2. D. *De Rerum amotarum*, XXV, 2. — Signalons, à cette place, une dernière analogie entre la situation des fiancés et celle des époux. D'après la jurisprudence, celui des fiancés qui attente à la vie de l'autre, est soumis aux peines de la *lex Pompeia de parricidiis* (L. 3 et 4. D. XLVIII, 9).

(3) Cela nous indique bien à quel point les jurisconsultes ont cru devoir pousser l'analogie entre les fiançailles et le mariage.

(4) Paul L. 9, § 1. D. *De his qui not. inf.* III, 2. — *Id :* « *Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet.* » L. 10 § 11. *Eod. tit.*

(5) L. 4. C. Th. *De Spons*, III, 5.

tous les citoyens la faveur réservée jusqu'à lui à ceux-là seuls qui étaient sous les armes, pourvu que le fiancé n'allât pas s'établir dans une province autre que celle habitée par la jeune fille (1).

§ VII. — ***Dissolution des fiançailles.*** — Nous n'avons pas de renseignements sur la dissolution des fiançailles primitives. Peut-être, en vertu de la loi de symétrie dont beaucoup d'anciennes institutions romaines portent la trace, les *sponsalia* ne s'anéantissaient que par des solennités parallèlement opposées à celles de leur création (2).

D'ailleurs, bien que les mœurs de la Rome antique n'aient pas été aussi idylliques que l'on se l'imagine souvent à tort, il est, néanmoins, fort probable qu'au début on restait fidèle à la parole donnée, et les fiançailles, comme le mariage, ne prenaient fin que par la mort (3). Les fiançailles surtout. A une époque, où la personnalité des *alieni juris* n'avait pas encore émergé, elles étaient plutôt une convention entre les chefs de famille qu'un accord entre leurs enfants. Or les *patres*, dont on sait l'autorité despotique, n'auraient pas toléré qu'une rupture intempestive des fiancés vînt déranger leurs combinaisons, et eux-mêmes, qui ne s'engageaient pas à la légère, presque toujours observaient scrupuleusement leurs promesses afin d'éviter l'infamie et

---

(1) L. 1. C. *De Spons.* V. 1. Dans la législation romaine, les militaires ont toujours joui d'un régime de faveur que le progrès des institutions a converti, dans la suite, en droit commun. Ce rôle d'avant-coureur, toutes proportions gardées, nous paraît être joué, aujourd'hui, par le droit commercial.

(2) Gaïus, L. 100. D. *De Regulis Juris.* L, 17 : « *Omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt ;* » Ulpien, l. 35, D, *eod. tit.* « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.* » — Pour ne parler que du droit matrimonial, on sait que la *manus* créée par *confarreatio* s'éteint par la cérémonie symétriquement inverse de la *diffareatio.*

(3) Aux premiers siècles de son histoire, Rome n'a pas pratiqué le divorce, bien qu'elle l'ait inscrit dans ses lois. Le premier exemple connu date, d'après les uns de l'an 447 (Valère Maxime, 2, 9, 12), d'après les autres de 523 ou de 527 (celui de *Sp. Carvilius Ruga).* Or, c'est un fait constant que partout la solidité des *sponsalia* est en raison directe de celle du mariage,

ne pas encourir la pœna stipulée dans le contrat pour le cas d'inexécution.

A l'époque classique, la liberté individuelle est dans son plein épanouissement et, pour qu'elle ne soit en rien entravée, on déclare radicalement nulle la clause pénale adjointe aux fiançailles, que l'on brise, dès lors, avec la plus grande facilité. On pourrait croire cependant qu'il fallait, pour leur rupture, un concours de volontés analogue à celui dont elles naissaient. Ce serait oublier que le mariage n'est pas un contrat comme les autres et que les fiançailles participent de cette nature exceptionnelle. Elles exigent, pour survivre, la persistance des éléments requis pour leur formation. Dès que l'espoir d'une prochaine vie commune n'est plus partagé par les deux futurs époux à la fois, avec cet espoir doit s'évanouir aussitôt tout projet d'établissement. Ainsi donc la rupture des *sponsalia* peut provenir d'une seule des parties; il suffit qu'elle soit annoncée par un *libellum* dont la formule est la suivante : « *Tua condicione non utor.* » (1) Mais le fiancé qui use du *repudium*, sans raison, encourt une condamnation. Le juge apprécie les motifs déduits dans le *libellum*, et s'il ne les estime pas suffisants, il ordonne au fiancé de payer le quadruble des arrhes qu'il a versées (2). La peine est assez bénigne, car les arrhes ne sont tolérées qu'autant qu'elles consistent dans une faible somme afin de ne pas gêner, par l'éventualité de leur perte, la liberté des consentements, lors de l'union définitive.

Au Bas-Empire, le droit chrétien se montre très dur, en matière de mariage, pour les répudiations arbitraires qu'il frappe avec rigueur (3). Nous savons, qu'à ce moment, les

(1) Gaïus, L. 2, § 2, D. *De Divortiis* XXIV, 2; Modestin L. 101. § 1. *De V. significatione* L, 16. La formule du divorce est la suivante : *Tuas res tibi habeto, item hæc : Tuas res tibi agito.* (Gaïus, L. 1. D. *De divortiis.)* La formule employée par Alcmène dans l'Amphytrion de Plaute est plus pittoresque, mais n'a rien d'officiel : « *Valeas tibi, habeas res tuas, reddas meas.* (Vers 928.)

(2) V. Meynial *op. cit.* p. 13.

(3) Girard *op. cit.* p. 157.

fiançailles se rapprochent de plus en plus du mariage au point de s'identifier presque avec lui; il est donc permis de penser que les fiancés qui se désistent par caprice sont punis aussi sévèrement que les époux qui divorcent à la légère.

Une constitution de 469 de Léon et Anthémius (1) indique comme justes causes de dédit la turpitude, l'impuissance, la diversité de religions auxquelles Justinien (2) ajoute le vœu de chasteté.

SECTION II. — LES FIANÇAILLES ET LES BIENS

§ I. — ***Des donations entre fiancés.*** — A l'occasion des *sponsalia*, suivant un antique usage pratiqué déjà chez les Grecs et tous les peuples primitifs (3), en dehors de l'anneau nuptial, des présents consistant surtout en objets de parure étaient offerts à la jeune fille par son futur époux. Les parents et les serviteurs participaient à ces aimables largesses (4), et Sénèque nous apprend que la nourrice de la jeune fille et sa suivante préférée étaient aussi gratifiés par le fiancé que la perspective d'un bonheur très prochain rendait volontiers prodigue (5).

En dehors de ces menues libéralités, intervenaient, le jour des fiançailles, des donations importantes, bénéfice propre à la femme, le fiancé en faisant seul, d'ordinaire, à

---

(1) L. 5. C. *De Spons.* V, 1.

(2) L. 56, *De Episcopis.* C. I. 3.

(3) D'après la Genèse, quand Laban et Bathuel eurent consenti au mariage de Rebecca, le serviteur d'Abraham, après s'être prosterné devant le Seigneur, fit présent à Rebecca, de la part d'Isaac, de riches vases d'or et d'argent et de splendides vêtements. Le mariage n'eût lieu que plus tard.

(4) L. 2. C. *De Don. ante nupt.* v. 3.

(5) Le passage est rapporté par Friedlander, *Mœurs des Romains*, I, p. 354: *Honoranda nutrix ejus, servus paternus, et alumnus et formosus assecla et procurator calamistratus et etc...* (Sénèque, *De Matrimonio.)*

sa promise (1). Ce sont les donations *ante nuptias* appelées aussi « *sponsalia* » (2).

Au Bas-Empire, à une époque où la forte organisation de la famille archaïque s'était depuis longtemps altérée, où la *manus* ayant disparu, la femme ne pouvait prétendre en rien à la succession *ab intestat* de son mari, on comprit qu'il était dangereux pour elle de laisser son avenir à la merci d'un testament, c'est-à-dire d'une volonté capricieuse, incertaine et changeante. Aussi, pour lui assurer, en cas de veuvage, une situation matérielle convenable, ce fut un usage constant de la faire bénéficier d'une forte donation sur laquelle le mari ne pouvait plus revenir (3). Mais, pour atteindre ce résultat, il importait que la donation parvînt à la femme avant le mariage, car, après ce moment, elle eût été nulle, par suite du principe de la prohibition des donations entre époux.

Et, en effet, le nom seul de l'institution qui nous occupe, *sponsalia*, démontre qu'elle intervenait le jour des fiançailles. Ce n'est pas une hypothèse gratuite. Constantin, pour décider si, au cas de décès de l'un des fiancés avant le mariage, la libéralité serait maintenue, se réfère expressément à l'une des cérémonies des fiançailles. « L'Empereur, dit M. Esmein, tranche la difficulté en distinguant si l'*osculum*, le baiser (4), *prælibatio*

---

(1) D'après Godrefoy, la fiancée ne faisait pas de donation à son futur *quod avara est mulier et avarissimum genus mulierum!* (Gothofredus, *Com. ad leg.* 5 C. Th. III, 5.)

(2) L'étude la plus complète que nous connaissions est celle de M. Esmein, *Le Testament du mari et la Don. ant. nupt., Mélanges*, p. 58 à 72, (Paris, 1886).

(3) On a attribué d'autres origines à la *donatio ante nuptias*. Voy. notamment Dareste, *Journal des Savants*, juin-juillet 1884; mais celle que lui assigne M. Esmein et que nous reproduisons au texte : « mœurs nouvelles introduisant de nouveaux besoins », nous paraît la plus vraisemblable. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 60; Boissonnade, *Histoire des droits de l'époux survivant*, 1874, p. 49 et s.

(4) Les chrétiens ont emprunté au paganisme l'usage de l'*osculum* « *pudicitiæ præmium* » qui venaient sceller définitivement les fiançailles : « *Sanctum osculum animas sociat, reconciliat mentes, et unum corpus ostendit.* » Chrysostome, cité par Godrefoy, *Com. ad leg.* 5 C. Th. *De Sp.* — C'est peut-être de l'*osculum* que tire son origine le gain de survie connu autrefois dans

virginitatis, a été ou non échangé entre les futurs époux (1).

Ainsi donc, les *sponsalia* étaient presque toujours accompagnées d'une donation, et cet usage ne fit que gagner du terrain sous l'influence du christianisme qui, plus tard, après les invasions, tiendra pour adage « *nullum sine dote fiat conjugium* » (2).

Étudions, ici, le fonctionnement de cette institution qui, vue favorablement par la loi, fut avec ingéniosité adaptée par les jurisconsultes et les Constitutions au but spécial qu'elle devait remplir.

Dans le droit byzantin, comme à l'époque classique, la donation *ante nuptias* se présentait sous la forme d'une donation entre vifs pure et simple, investissant d'une manière irrévocable le gratifié d'un droit définitif sur lequel les événements ultérieurs n'avaient pas de prise.

C'était contraire à l'intention évidente des parties. La donation reçue par la femme ne s'expliquait que par le mariage projeté, et cependant s'il venait à échouer, la donation, définitive dès son acceptation, ne devenait pas caduque, car on ne pouvait en différer l'effet par l'apposition d'une condition suspensive ; le retard de l'acquisition jusqu'après le mariage eût été la ruine de la donation qui serait venue se heurter au principe de la prohibition des libéralités entre époux (3). On pouvait bien, il est vrai, décider que la donation serait résolue si les fiançailles avor-

---

le Poitou, l'Angoumois et ailleurs, sous le nom d'*oscle*, *ouscle*, *osclage*. Voy. Beaune, *Dr^t Coutumier, Les Biens*, 4 vol., (Lyon) p. 526; Viollet, *Histoire du Droit français*, (Paris) 1886, p. 357.

(1) D'après l'Empereur, il y a dans les fiançailles deux périodes d'intensité croissante séparées l'une de l'autre par la cérémonie de l'*osculum*. Si la rupture des fiançailles intervient avant le baiser, la libéralité est résolue par le tout ; après elle ne l'est plus que pour moitié. « C'est une façon d'indiquer que l'*osculum* est comme une moitié de la célébration du mariage ». Meynial, *op. cit.*, p. 14.

(2) Il est admis sans conteste que, dans cette formule fameuse du Concile d'Arles de 524, le mot « *dos* » désigne la donation reçue par la fiancée et non la dot apportée par elle. Voy. Yves de Chartres, P. VIII, cap. 144.

(3) Loi L. 4. C. V. 3. « Quod sponsæ ea lege datur ut tunc dominium ejus adipiscatur, quum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est. »

taient, mais cette modalité, considérée comme d'un fâcheux présage, était, de parti pris, évitée. Aussi, deux Constitutions de Constantin vinrent rendre de plein droit la libéralité conditionnelle.

Si la fiancée ne voulait pas consentir à l'union, elle devait restituer au donateur les biens qu'elle en avait reçus (1), mais, si s'était le futur qui se reprenait, la jeune fille gardait la donation à titre de dédommagement légitime.

Si le mariage était rendu impossible par suite du décès de la femme, la donation s'évanouissait pour le tout, s'il n'y avait pas encore eu *osculum* et pour moitié seulement, dans le cas contraire (2).

Un second défaut de la donation de fiançailles lui venait de ce que le divorce, même motivé par l'inconduite de la femme, la laissait subsister. Aussi, pour remédier à l'éventualité de cette fâcheuse situation, il fut décidé par une Constitution de 449 (3), que l'épouse qui fournirait à son mari de justes motifs de répudiation perdrait à la fois sa dot et la donation *ante nuptias*.

Mais, déjà auparavant, on avait su vaincre par un détour l'inconvénient signalé. Aussitôt, après avoir reçu la donation, la femme la joignait à sa dot et remettait le tout à son mari. Si, dans la suite elle rendait par sa faute le *repudium* inévitable, le mari, au moyen de la *retentio propter mores*, était assuré de garder, à la fois, une portion de la dot et de la donation (4).

Restait, enfin, un troisième péril à conjurer. La femme venait-elle à prédécéder, elle transmettait à ses héritiers la libéralité reçue. Ce n'était certes pas la destination que le fiancé avait envisagée pour une donation qui, dans sa

(1) Cons. de 319. L. 2. C. Th. *De Sp.* III, 5. La fiancée n'était pas admise à invoquer une juste cause pour expliquer son refus, elle devait réfléchir avant de s'engager : « *Cum longe, antequam sponsalia contrahantur, hæc cuncta prospici debuerint.* »

(2) Cons. de 336. L. 5. C. Th. *De Sp.*, III. 5.

(3) Cons. de Théodore et Valentinien. L. 8. p., 4. C. *De Repudiis*, V, 17.

(4) Ulpien, *Regulæ* VI. p. 12. — Lois 1 et 11 C. *De Don. ante nup.* V. 3.

pensée, ne devait être autre chose qu'un gain de survie au profit personnel de la future épousée.

La pratique, toujours habile à Rome, eut vite fait d'imaginer un expédient capable de détourner le mal. Il est analogue à celui que nous indiquions, il y a un instant, ou plutôt c'est le même dans une seconde fonction. On sait que jusqu'à Justinien, au décès de la femme et à l'exclusion de ses héritiers, le mari, sauf stipulation contraire, recueillait la dot *adventice*. Dès lors, la donation *ante nuptias* n'était offerte que si, lors des *sponsalia*, la jeune fille voulait bien la greffer, à titre de supplément, sur sa dot (1). Si elle décédait, *constante matrimonio*, le mari recevait alors ce dont le fiancé s'était dépouillé.

Ainsi construite et agencée, la donation prénuptiale n'était plus, à vrai dire, qu'une annexe de la dot et comme sa doublure. Justin poursuivit la ressemblance (2) qu'acheva Justinien (3). La donation peut être augmentée et même constituée de toutes pièces au cours du mariage. La donation *ante nuptias* a vécu; la donation *propter nuptias* la remplace (4). La libéralité peut émaner non-seulement du fiancé, mais encore de l'époux. Dès ce moment, l'institution ne nous appartient plus, puisque l'objet de notre étude se restreint aux *sponsalia* et aux donations dont les fiancés les accompagnent.

---

(1) Paul, *au Digeste*, L. 12. p. D. VII, 2., Cons. de Septime Sévère et Caracalla (l. 1. C. V, 3). — Le mari conservait ainsi, pendant le mariage, l'administration et la jouissance des biens compris dans la *donatio ante nuptias*. — Un usage se développa aussi qui permit au mari de ne rien redouter du décès prématuré de sa femme : Au lieu d'effectuer la donation au moment même des *sponsalia*, le fiancé se contentait de faire, alors, en faveur de la jeune fille, une promesse dont l'exécution était différée jusqu'après la dissolution de l'union par le prédécès du mari. L'existence de cet usage résulte notamment d'une Constitution dans laquelle Justinien permet, par exception, à la femme d'exiger l'exécution immédiate de la promesse pendant le mariage, au cas d'insolvabilité du mari. L. 29, C. *De Jure dotium*, V, 12. — Voy. Girard, *Manuel*, p. 941, note 5.

(2) Cet Empereur décida que, comme la dot, la donation anténuptiale pourrait être augmentée *constante matrimonio*. L. 19. C. V. 3.

(3) Voir Girard, *op. cit.* p. 942, note 3.

(4) Le nouveau nom est donné, pour la première fois, à la donation dans le L. 20 p. C. V. 3.

§ II. — ***Du sort de la constitution dotale, en cas de rupture des sponsalia.*** — Les biens dotaux étaient parfois livrés au futur avant le mariage. Si les parties avaient expressément subordonné à la conclusion de l'union le transfert de la propriété, la condition suspensive venant à défaillir, la fiancée ou le constituant pouvaient revendiquer et suivre les biens dotaux entre les mains des tiers détenteurs. Les parties se trouvaient ainsi remises dans leur état antérieur (1).

Parfois le transfert était immédiat, mais mitigé par la condition résolutoire tacite qu'il serait anéanti, si les fiançailles venaient à se rompre. La modalité se réalisant, la fiancée n'avait d'autre ressource pour reprendre sa dot que la *condictio causa data causa non secuta*, c'est-à-dire une simple action personnelle à l'effet d'obtenir du futur mari la remise des biens dotaux (2). On aperçoit vite le danger de la situation en cas d'agissements frauduleux du fiancé tels que constitutions d'hypothèques ou de servitudes. Aussi, justement soucieux de sauvegarder la dot, les jurisconsultes la frappèrent-ils d'inaliénabilité dès sa sortie du patrimoine de la femme et avant même toute réalisation de l'union entrevue (3).

Si la dot consistait en créances, pour la mettre à l'abri de l'insolvabilité du débiteur, la *condictio* de la fiancée était assortie du *privilegium inter personales actiones* (4) qui la rendait préférable aux actions des créanciers chirographaires du futur mari, mais non à celles des créanciers hypothécaires, sauf, toutefois, quand à la constitution de dot était jointe une hypothèque conventionnelle (5). L'hypothèque légale privilégiée de la loi *Assiduis* était une qualité insépa-

(1) L. 21 à 23; 36, 37 D. *de Jure dotium*, XXIII, 3.

(2) L. 7. § 3; L. 9. p. D. *De Jure dotium*. XXIII, 3.

(3) Le résultat fut obtenu, grâce à une interprétation extensive de la loi Julia. Gaius : « *Lex Julia, quæ de dotali prædio prospexit ne id marito liceat obligare an alienare, plenius interpretanda est : ut etiam de sponso idem juris sit quam de marito.* » L. 4. D. *De Fundo dotali*, XXIII, 4.

(4) L. 74. D. *De Jure dotium*, XXIII, 3.

(5) L. 1. p. D. *Qui potiores in pignore*, XX, 4.

rable de *l'actio rei uxoriæ* qui, à raison de sa nature exceptionnelle, ne pouvait s'en détacher pour être annexée par analogie à la *condictio* de la fiancée.

CHAPITRE III

LES FIANÇAILLES GERMANIQUES

A l'époque nuageuse où l'antique race germaine s'établit dans les régions septentrionales de l'Europe, le mariage se pratiquait sans doute encore par enlèvement (1). Les fiançailles étaient inconnues et l'idée ne s'en concevait même pas.

Plus tard, dans les temps moins reculés dont Tacite nous a gardé le souvenir (2), avec une forme moins brutale de l'union des sexes, les fiançailles durent apparaître et les forêts germaines retentir des chants religieux des guerriers suppliant Odin d'accorder du haut du Walhala, des faveurs sans nombre aux futurs époux. — A la vérité, Tacite ne dit rien de notre contrat, mais il nous révèle qu'en Germanie, l'on se fait une haute idée du mariage. Les adultères y sont très rares. On n'y rit pas des infidélités, on en a horreur. La femme se marie vierge et après mûre réflexion.

---

(1) Sur l'évolution du mariage dans le vieux droit germanique. V. Von Amira. *Grundiss des Germanischen Rechts*, (2e éd., Strasbourg, 1897). Bien que prohibé assez tôt, le rapt dût se maintenir pendant longtemps. Pour essayer de l'enrayer, Hincmar de Reims écrivit, au IXe siècle, un traité « *de coercendo et extirpando raptu viduarum et puellarum* ». Ce n'était pas alors une étude historique ou rétrospective, mais bien un ouvrage d'actualité.

(2) « *De situ, moribus et populis Germaniæ* ». On considérait autrefois l'ouvrage de Tacite comme une sorte de « roman philosophique » où l'historien conservateur, écœuré de la corruption de son temps, s'était plu à chercher en Germanie, pour les donner en leçons aux Romains débauchés de Trajan, des mœurs peut-être plus pures et plus chastes qu'elles ne l'étaient en réalité. — La critique moderne a restitué au travail de Tacite toute sa valeur scientifique. C'est, dit M. Esmein, une œuvre d'observation et de précision. L'ouvrage est de la fin du Ier siècle de l'ère chrétienne. V. Esmein. *Histoire du Droit français*, (2e éd.), p. 39 et 40.

Elle se donne une seule fois et pour toujours, elle n'aura jamais eu qu'un seul époux comme elle n'a qu'un seul corps et qu'une seule âme (1).

N'est-ce pas avouer implicitement que les Barbares du Nord n'ignoraient déjà plus les fiançailles, car le mariage ne peut être si fort honoré que lorsqu'à l'avance, il est, avec soin, préparé ?

Si nous sommes peu documentés sur la période antérieure aux invasions, par contre, après l'établissement des Germains sur le sol gaulois, nous sommes amplement informés (2). Les Codes des envahisseurs traitent des fiançailles avec complaisance, et leurs textes touffus vont nous permettre de dégager ici une des phases de l'institution dont nous nous sommes proposé d'esquisser à grands traits le passé juridique.

§ I. — ***Le droit de famille chez les Germains.*** — L'idée qui, en le surplombant, a inspiré tout le droit de famille germani-

---

(1) Les renseignements de Tacite sont confirmés par les vieilles épopées germaines aux légendes gracieuses, toutes peuplées de Walkyries et « *de reines blanches comme des cygnes* ». Cela est surtout vrai des *Eddas* et des *Niebelungen* dont M. de Lavelaye nous a donné une excellente traduction. Ces chansons de geste ont été certainement composées après le livre de Tacite, mais elles reflètent un état social d'un lointain très éloigné. On y respire comme « un parfum d'antiquité ». Les héros qui s'y livrent de durs combats n'ont qu'une seule femme, et aucun d'eux ne paraît avoir souillé le lit conjugal en y introduisant une maîtresse. De leur côté, les nobles filles de l'épopée, ne se plaisent qu'en leur chasteté. La virginité est exaltée, et ce serait une injure grave pour l'époux que d'oser se donner à lui si on l'a déjà perdue.

Quant aux femmes mariées, elles s'enferment dans leur pudeur comme derrière un rempart impénétrable; c'est, sans penser à mal, qu'elles sortent, les seins nus, et si elles sont tenacement fidèles, c'est bien moins pour éviter *l'enfouissement dans le marais bourbeux*, peine rigoureuse de l'adultère, que parce que l'idée, atrocement, leur répugne de trahir la foi promise à celui qu'elles ont choisi ou qu'on leur a donné pour époux. — En cette austère Germanie, les fiançailles ne trouvaient-elles pas un terrain d'éclosion favorable à merveille ? — Sur les *Eddas*, les *Niebelungen* et leur contenu. V. Ed. Meynial : *Le Mariage après les invasions*, p. 74-102 *passim*. Les articles que notre savant maître a publiés dans la *Nouv. Rev. historique* ont été réunis en un volume dont le premier fascicule a paru en 1898. (Paris, Larose).

(2) Les Codes rédigés par les Barbares ainsi que les Capitulaires des rois francs ont été réunis en une même édition par Walter. (*Corpus juris germanici antiqui.*) (Berlin 1824.) Ils se complètent par des documents de la

que est celle de puissance. Elle s'est profondément infiltrée dans toutes dispositions des *Leges* où reviennent, à chaque instant, avec une persistance obstinée, les mots de *mundium*, *tuitio, potestas* (1). Tous les membres de la famille doivent s'incliner devant le pouvoir autoritaire du *mundoald* (père ou tuteur) et se soumettre à sa rude discipline. Les fils en sont affranchis dès qu'ils sont en état de porter les armes; avec la vigueur physique, ils acquièrent l'indépendance et la pleine capacité; mais la femme, cette éternelle sacrifiée des législations primitives, est, de par la faiblesse de son sexe, inapte au métier de la guerre, et, par suite, perpétuellement en tutelle (2). Elle ne peut tenir l'épée; aussi a-t-elle besoin; toute sa vie, d'un protecteur à qui elle devra l'obéissance d'une fille. Son mariage ne l'émancipera pas (3). Au *mundium* paternel succédera celui du mari et le contrat de fiançailles n'a d'autre objet que d'opérer ou plutôt de préparer ce transfert de droits, qui ne deviendra véritablement effectif qu'après les épousailles.

§ II. — ***Modes de formation des fiançailles.*** — La première question que nous avons, dès le début, à résoudre est celle de savoir comment se forment les fiançailles. Le contrat, de

---

pratique rassemblés en des recueils analogues à nos formulaires de notariat. Le plus connu est celui du moine Marculfe du milieu du VII[e] siècle (Walter, t II, p. 282-372). Enfin, nous ne manquerons pas, le cas échéant, de nous éclairer au moyen des sources littéraires (Grégoire de Tours, Frédegaire) dont les œuvres sont contenues dans Don Bouquet, *Recueil des Historiens de la France*, (Paris, 1739) t. III.

(1) Le *mundium* n'est autre chose que la *manus* primitive du *pater-familias* romain. En haut allemand les mots *munt* et *hand* (main) s'équivalent. — L'édit de Rotharis, parlant des personnes soumises à l'autorité du roi dit qu'elles sont « *ad manum regis* ». — Nous croyons, avec Fustel de Coulanges *(l'Invasion germanique,* (Paris) 1891 p. 285) que le père, chef de la famille, a gardé chez les Germains presque toute la puissance qu'il avait eue dans les premiers temps de Rome et de la Grèce. (Comp. Simonnet, *le mundium dans le droit de famille germanique* thèse (Paris 1898) p. 143.) « *Mundium, id est dominium* », disent les vieilles gloses sur l'édit lombard.

(2) Sur la femme des épopées, V. Ed. Meynial *op. cit.* p. 79 et suiv.

(3) « La femme reste sous le *mundium* du père tant qu'elle est fille, sous celui de son mari quand elle est mariée, sous celui de son fils quand elle es veuve. » Beaune, *Droit coutumier français*, t. II, chap. II, section II § 6.

réel qu'il était à l'origine, est devenu probablement consensuel à la fin, après avoir emprunté, dans une phase intermédiaire, le caractère formaliste.

Le processus est d'une assez banale technique.

Le contrat que l'on pourrait appeler le « *Traité de Cession* » (1), était une vente de la femme, consentie moyennant un prix oscillant d'abord sous l'influence de mille circonstances diverses (2), puis fixé arbitrairement par la loi (3). C'est le *pretium puellæ* ou *Withum* (4), versé par le fiancé entre les mains du titulaire du *mundium*. Nous sommes alors en présence, non pas d'un vain simulacre, mais d'une prestation véritable représentant la valeur en quelque sorte vénale de la jeune fille (5). Le contrat, strictement réel, n'est parfait qu'après la remise effective du prix dû par l'acheteur.

Bientôt le *pretium*, au lieu d'être payé au *mundoald*, l'est à la fiancée elle-même : le *Withum* devient la dot, origine du *douaire* dont la femme, dans le système germanique, n'acquiert la propriété qu'au décès du mari (6).

Cependant la tradition était si fortement enracinée que la vente de la femme intervint toujours, mais, comme jadis l'archaïque *coemptio* romaine, elle n'est plus désormais qu'une inutile formalité coutumière. « Le prix n'est plus

---

(1) Paul Viollet, *Histoire du droit français*, (Paris, Larose 1886) p. 355.

(2) Une disposition de la loi des Burgondes porte que le mari (ou le fiancé) qui répudie *sine causa*, devra payer une somme égale à celle qu'il a payée pour obtenir la femme. (*Lex Burg.* t. XXXIV, *De Divortiis*, § II. Walter, t. I p. 320). Ce texte semble bien indiquer qu'au début, le montant du prix d'achat ne dépendait que de la libre volonté des parties.

(3) « *Uxorem ducturus CCC solidos det parentibus ejus.* » *Lex Saxonica*, t. VI, *De Conjugiis*, § 1 Walter, p. 386, t. I.

(4) Ou *Wittemon* (chez les Burgondes); *meta* (chez les Lombards). Le *reipus*, payé chez les Francs par celui qui épouse une veuve se rattache à la même idée d'achat.

(5) V. Viollet, *op. cit.* p. 340, note 5 et p. 341. Le prix d'achat a laissé dans la langue sa marque indélébile; on disait encore, en Allemagne, au XV^e^ siècle : *Weib Kaufen, acheter sa femme.* — Au VI^e^ siècle, quand Théodoric eut fiancé sa nièce au roi Ermanfroi, il lui écrivit : « Nous vous informons que vos émissaires nous ont remis, en retour de la fiancée, le prix que vous les aviez chargés de nous remettre. » Cassiodore, *Variæ*, IV, 1.

(6) Sur le douaire V. *infra* p. 77.

dans l'affaire qu'un élément tout matériel de la cérémonie. « Ainsi se perdent dans le cérémonial, ce grand musée de l'Histoire, nombre d'éléments juridiques et constitutionnels primitifs. » (1)

L'antique achat s'est évanoui en un fantôme symbolique ; le prix versé au *mundoald* n'est plus qu'une somme insignifiante. Quand les envoyés de Clovis sollicitent de Gondebaud la main de sa nièce dont il était le tuteur, ils lui offrent, pour nouer leurs accords, un sou et un denier (2). C'est *l'arrha* ou *handgeld* (3) dont la seule fonction est de solenniser le contrat qui de réel devient formel. *L'arrha* est le signe corporel et tangible qui, brutalement, va infuser à la convention une vertu que le simple consentement immatériel et abstrait est impuissant à lui conférer par lui-même. Il lui faut, pour s'épanouir en la plénitude d'effets juridiques, une marque visible qui, en l'extériorisant, indiquera avec précision que la période des pourparlers sans valeur est remplacée par celle des accords définitifs. « La coutume de la remise des deniers s'est conservée intacte pendant longtemps. On a maintenu, dit Léon Gautier (4), un souvenir vivant de la vieille loi des Francs saliens, qui voulait que le futur époux offrît le sou et le denier à la famille de la future épouse. C'était un achat, et il est certain qu'au XII^e^ siècle on ne se mariait plus *per solidum et denarium*, mais lorsque l'époux prononçait sous le porche ces mots : « *De cet anneau, je vous épouse, de mon corps je vous honore, de mon bien je vous doue* », il plaçait délicatement dans la petite bourse de l'épouse trois deniers neufs. On alla jusqu'à frapper, pour cet usage, des deniers spéciaux, des deniers pour épouser. »

(1) Paul Viollet, *op. cit.* p. 355.

(2) Frédégaire, *Epitome de Grégoire de Tours*, § 18. Dom Bouquet, *op. cit.* p. 399, t. II.

(3) Littéralement : *argent de main.*

(4) Léon Gautier, *La Chevalerie* (Paris, V. Palmé, 1884), p. 428. L'usage des deniers a même survécu au moyen âge et nous les voyons encore figurer, en 1770, au mariage de Louis XVI avec l'archiduchesse Marie-Antoinette. De nos jours, les deniers persistent encore sur quelques points, notamment à Dijon et à Bordeaux. Viollet, *op. et loc. cit.*, note 1.

Le formalisme revêt plus tard une autre mise en scène. Les mœurs se raffinent peu à peu et la femme voit s'effacer le dernier stigmate de son ancienne servitude.

Le père ne reçoit plus *l'arrha*, c'est sa fille. Le fiancé ne lui donne pas toujours des pièces de monnaie, mais tantôt une *festuca*, c'est-à-dire un fétu de paille que les futurs conjoints tiennent chacun par un bout, en symbole de la réciprocité des promesses échangées (1); tantôt le jeune homme remet à sa belle un anneau qu'elle paie d'un baiser, le premier permis au prétendant (2); parfois, enfin, la prise de possession est plus complète encore. Le futur offre à sa fiancée des chaussures *(calceamentum)* qu'à genoux, il lui noue aux pieds (3). « Ce devait être, dit Quicherat, de bien jolis souliers. » (4)

Avec le temps, le formalisme s'ébrèche, l'évolution se poursuit. Les solennités, destinées à authentiquer le contrat se simplifient. Le serment suffira (5), jusqu'au jour où il s'évincera lui-même pour faire place, sous l'influence de l'Église (6), au seul consentement sans forme et sans entrave. Plus d'appareil compliqué; la volonté, toute nue et sans adjuvant, indiquera le moment exact, où le pacte des fiançailles est définitivement conclu (7).

---

(1) V. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 9 et les textes qu'il cite.

(2) Grég. de Tours, *de vitis patrum*, chap. XXII, *Denique, dato sponsæ annulo, porrigit (sponsus) osculum.* — Luitprandi leges, lib. V, cap. XXX. *Homo sponsat cum solo annulo, eam subharrat et suam facit.* — Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts*. Tübingen (1888) p. 137, note 82.

(3) Grég. de Tours, *op. et loc. cit. (Sponsus) præbet calciamentum, celebrat diem festum. Id., op. cit.*, cap. XVI.

(4) Quicherat, *Histoire du Costume en France* (1875) p. 101.

(5) Les Assises de Jérusalem nous parlent des fiançailles jurées : *Cour des Bourgeois*, chap. CLXII, Ed. Beugnot, II, p. 112, citation de Glasson, *op. cit.* p. 9, note 4.

(6) Les fiançailles, en droit canonique, ont toujours été un acte purement consensuel.

(7) « Pour mon compte, dit M. Beauchet, je suis disposé à croire qu'à l'époque où l'achat de la femme n'était plus que symbolique..., le mariage pouvait valablement être contracté *solo consensu*. Seulement des difficultés pouvaient se présenter pour faire la preuve du mariage ». L. Beauchet, *Étude*

§ III. — ***Conditions de validité des fiançailles.*** — Le concours volontaire de la femme était-il requis ? Au début, à l'époque où l'*emptio mulieris* supposait un *pretium* sérieux, elle n'intervenait pas (1). Elle n'était qu'un vulgaire article de commerce qui devait se prêter passivement aux diverses opérations qu'il plaisait à son maître de lui imposer et qui se croisaient au-dessus de sa tête sans qu'elle pût en rien les empêcher. Non-seulement la fille était à la merci de son *mundoald*, mais, de plus, ce dernier devait parfois obéir aux injonctions du roi qui, dans son omnipotence, lui ordonnait de fiancer son enfant avec tel individu qu'il lui désignait (2).

Les Conciles en furent tout émus et, à plusieurs reprises, on entendit leurs virulentes protestations (3). En 614, Clotaire II se soumit et renonça à ses prérogatives (4). Le

sur les formes de la célébration du mariage..., Nouv. R. historique, (1882) p. 377.

(1) « Achetée ou vendue, la femme germaine n'a point à donner un consentement personnel à l'affaire de son mariage » — Viollet *op. cit.* p. 341. Dans les sociétés primitives, l'autonomie de l'individu est toujours sacrifiée à celle du groupe. Celà est surtout vrai de la femme dont la situation juridique dans les temps anciens est partout inférieure à celle de l'homme.

(2) « Le roi disposait souverainement de la main de ses sujettes. C'est le vieux droit des chefs de tribus dont les rois ont hérité. » Viollet *op. cit.* p. 348.

(3) « *Ut nullus per imperium potestatis filiam competere audeat alienam — contra parentum voluntatem.* » Concile IV d'Orléans (an 541) C. 22. — Conc. de Paris (an 557) C. 6. — Conc. de Tolède (an 589) C. 10.

(4) « *Nullus per auctoritatem nostram matrimonium viduæ vel puellæ sine ipsarum voluntate, præsumat expetire; neque per sugessionnis subreptitias rapientur injuste.* » *Chlotarii præceptio*, art. 7, dans Fahlbeck, *La Royauté et le Droit féodal francs*, p. 332; — Freisen, *op. cit.* p. 260. — La renonciation fut éphémère; malgré *l'Edictum de Clotaire*, le roi, au moyen âge, manifeste, en maintes occasions, ses prétendus droits de *mainbour* omnipotent. « Nos vieux poèmes, dit Léon Gautier, sont remplis d'épisodes qui mettent en action ces étranges prérogatives... Le privilège de marier leurs vassales est un de ceux que les rois (en qualité de seigneurs suzerains) exerçaient avec le plus de plaisir... C'est ainsi qu'à Raoul Taillefer, le Roi de France cède, en même temps, *le fié de Cambrésin* et Alaïs au clair visage... C'est encore ainsi qu'au milieu de la foule éclatante de ses barons, l'empereur Othon prend par la main la belle Ydain et la donne au comte Witasse de Boulogne avec toute la terre de Bouillon. Léon Gautier, *op. cit.* p. 341 et suiv.). — « En plein XVII^e^ s., dit M. Viollet (*op. cit.* p. 351), les rois de France, en vue d'arriver à la colonisation du Canada, ont exercé sur les mariages de leurs sujets une pression dont l'intérêt et l'importance historique sont considérables. Le mariage (et les fiançailles) dans ce pays, étaient alors à peu près forcés. »

père abandonna aussi quelques-unes des siennes. Quand le prix ne fut plus que fictif et remis en entier à la fiancée, le *mundoald* dût se desintéresser d'un contrat qui ne le touchait plus pécuniairement. La personnalité féminine commence dès lors à émerger et Schrœder (1) admet que, dans certains cas déterminés, la *sponsa* jouit tout au moins d'un droit de veto contre les arrangements non conformes à ses vœux. « Si elle n'a pas l'initiative du choix, elle a l'opposition qui paralyse. » Les textes canoniques encouragent ce mouvement et, en 589, le Concile de Tolède exigera l'agrément de la jeune fille en même temps que celui de ses parents (2). Il semble bien, toutefois, que cette faveur n'ait été accordée qu'à la fille nubile (3); pendant sa minorité son père peut valablement la fiancer (4), sans la consulter et à l'âge qu'il juge convenable. Luitprand autorise le père à fiancer sa fille (5) quand il voudra *(in quali ætate voluerit);* néanmoins il est probable que, sauf pour être dans les grandes familles on ne dût pas descendre souvent, en pratique, au-dessous de l'âge de 7 ans donné par Modestin au Digeste (6).

Quant à l'enfant mâle, avant sa puberté, sa situation ne différait sans doute pas de celle de sa sœur, mais, devenu pubère, il est appelé à l'honneur de porter les armes, il est citoyen et, en cette qualité, libéré du *mundium*. Il ne le

---

(1) Schrœder. *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland* (4 vol. Stettin 1863-1874) t. I, p. 7 et 8.

(2) « *Virgines nec extra voluntatem parentum vel suam cogantur maritos accipere.* » (Can. 16, Can 32. Quœ 2).

(3 et 4) « *Puella autem XIV annorum sui corporis potestatem habet, post hanc ætatem patri filiam suam contra ejus volontatem non licet in matrimonium dare.*» *(Pœnitentiale Theodori,* II, §§ 12, 35, et 36), textes cités par Freisen *op. cit.* p. 312. — De ce dernier texte, il résulte, par *a contrario*, qu'avant la quatorzième année de sa fille, le père peut disposer de l'avenir de celle-ci comme il lui plaît.

(5) Ou le frère sa sœur. — Luitprand : XII (Walter p. 761, t. 1) : « *Pater vero, aut frater potestatem habeant, cui aut in quali ætate voluerint ad dandum aut sponsandum filiam suam, aut sororem suam. Quoniam istam licentiam ideo dedimus eo quod credimus, quod pater filiam suam aut frater sororem suam, doloso animo aut contra rationem cuiquam homini non dabunt.* »

(6) Loi 14 — *De Sponsalibus,* XXIII, 1.

subit plus, il l'exerce. Il n'a pas à solliciter, — comme la jeune fille même majeure, — une autorisation de ses parents pour se fiancer ou se marier. Il ne relève que de lui-même et n'écoute, s'il le veut, que ses propres inspirations (1).

Pourvu toutefois qu'il fixe son choix sur une personne de son rang ou de sa condition sociale (2). L'aristocratie germaine ne tolérait pas le mélange des classes et les hommes libres ne pouvaient épouser des esclaves (3). Une dernière condition enfin s'impose aux fiancés : la *remotio parentelæ* (4). Les alliances entre parents trop rapprochés étaient interdites et Benoît le Lévite (5) nous en indique une raison (6). Beaucoup de ces unions donnent le jour à des enfants « *cœci, claudi, gibbi, lippive aut aliis turpibus maculis aspersi* ».

---

(1) Mais si, légalement, le fils pouvait se passer du consentement paternel, en fait, la famille intervenait toujours. Les relations de parenté étaient étroites en Germanie. On ne prenait pas de résolution importante sans l'assentiment ou tout au moins l'avis du père et des frères aînés. Comment, pour un acte aussi sérieux que le mariage, la famille, dont tous les membres étaient solidaires, n'aurait-elle pas été consultée ? Mais cette consultation était facultative pour l'enfant mâle ; c'était un effet des mœurs germaines, et non une règle impérative de droit.

(2) « *Et id legibus firmatum ut nobilis nobilem ducat uxorem, et liber liberam, libertus conjungatur libertæ et servus ancillæ ;* Ruodolf et Meginhard, *Translatio sancti Alexandri*, dans *Script. Germ.*, II, p. 673.

(3) Chez les Burgondes, si une fille libre épouse un esclave, l'un et l'autre sont punis de mort, *Lex Burg.*, XXXV, II : « *Si vero ingenua puella voluntarie se servo conjunxerit, utrumque jubemus occidi.* — Dans un acte du XI^e^ siècle on parle d'un homme libre que son mariage avec une serve a rendu serf lui-même. — Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne* (1887) n° 169.

(4) La prohibition des mariages entre parents fut inspirée par l'Église. Luitprand parlant de la défense de s'unir entre parents, édictée par lui, s'exprime ainsi : « *Hoc autem ideo affiximus, quia, Deo teste, et Papa Urbis Romæ, qui in omni mundo caput Ecclesiarum Dei et sacerdotum est, per suam epistolam nos adhortatus est, ut tale conjugium fieri nullatenus permitteremus.* » Luitprand, XXX.

(5) Benedictus Levita, III, 179.

(6) Mais il y en avait d'autres, notamment le désir de détourner les parents vivant sous un même toit de toute relation coupable, en leur enlevant l'espoir de les réhabiliter par un mariage. — La parenté spirituelle créée par le baptême était aussi un obstacle aux fiançailles et mariages des parrains avec leurs filleules. V. Luitprand, XXXIV.

§ IV. — ***Effet des fiançailles. — Leur distinction d'avec le mariage (Discussion de la théorie de Sohm).*** — Les fiançailles étaient entourées chez les Germains d'une grande vénération. On les accompagnait de cérémonies d'un poétique symbolisme, suivies de réjouissances et agapes familiales (1). Elles mettaient comme une auréole de respect autour de la jeune fille sur le point d'abandonner la maison paternelle pour présider au foyer conjugal. A l'époque ordinaire des fiançailles, le *wergeld* de la femme était de beaucoup plus élevé qu'à tout autre moment de sa vie. Et, en une disposition d'aimable galanterie, les lois lombardes fulminaient des peines sévères contre les gens assez mal avisés pour tourner en ridicule les fiancés en leurs promenades amoureuses (2).

Ces égards tout spéciaux s'expliquent par ce fait que les fiançailles germaines ont une importance capitale. Ce sont elles, dit **Rudolph Sohm** (3), qui, en imprégnant le mariage de légitimité, le distinguent du simple concubinat. Elles en en sont le critère. Sans fiançailles pas de mariage. — *Ohne Verlobung keine Ehe (4).* Et voici l'exemple que nous en donne le jurisconsulte allemand : Charles le Chauve vivait depuis longtemps avec sa seconde femme *Richilde*, qu'il avait possédée sans *desponsatio* préalable. Aussi fut il forcé, pour régulariser son mariage, de célébrer, après coup, en présence de ses grands vassaux assemblés, de

(1) Sur les cérémonies des fiançailles, V. Davoud-Oghlou, *Législation des anciens Germains*, 2 vol. (Berlin, 1845) t. II, p. 149.

(2) « *Pervenit ad nos*, dit le roi, *quod dum... sponsi, cum paranymphis ambularent, perversi homines aquam sordidam et stercoratam super sponsam jactassent.* » Tout homme qui, à l'avenir se rendra coupable d'un pareil fait, paiera une somme de neuf cents solides, *Leges Aistulphi* VI, Walter, I, p. 885.

(3) Rudolph Sohm, *Trauung und Verlobung* (Weimar, 1876). — Je dois à l'obligeance de M. Ribère, professeur d'allemand au lycée de Montpellier, d'avoir pu pénétrer dans ses détails le système très copieusement documenté de Sohm.

(4) « *Die Verlobung unterscheidet die eheliche von der ausserehelichten Lebensgemeinschaft. Die Verlobung ist das Kennzeichen der rechten Ehe* », Sohm, *op. cit.* p. 34.

pompeuses fiançailles posthumes. C'est que l'hyménée sans *desponsatio* antérieure est aussi insuffisante pour faire naître le mariage que l'investiture d'une chose sans contrat d'achat pour créer la propriété.

On le voit, si les fiançailles ne sont pas, à elles seules, tout le mariage, elles en font du moins partie intégrante et en apparaîssent comme le fondement légal. Elles sont au mariage ce qu'en droit romain, la vente est au transfert de la propriété (2). L'état de mariage *(Ehe)* n'est obtenu qu'après deux opérations non pas simultanées, mais successives, séparées l'une de l'autre par un intervalle plus ou moins long : les fiançailles *(Verlobung)* et les épousailles *(Trauung)*. Ces deux actes sont absolument indispensables; ils constituent deux pièces solidaires d'un même système. Leur importance est identique, et c'est leur réunion seule qui rend le mariage juridiquement parfait (3).

Aussi, avec raison, Sohm reproche-t-il à Friedberg d'avoir commis une erreur en soutenant que, de bonne heure, fiançailles et mariage ont été réunis et confondus en un acte unique (4). Le chroniqueur *Néocorus* nous assure qu'au temps de Charlemagne, il y avait encore plusieurs stades à parcourir pour arriver au mariage (5). D'autre part, dans la

---

(1) Sohm, *op. cit.* p. 34 et 35.

(2) Viollet, *op. cit.* p. 355.

(3) Sohm. *op. cit.* p. 143 et 144.

(4) Friedberg. *Verlobung und Trauung* (Leipzig, 1876), page 21. — Le second chapitre du livre de Sohm, *Das Zeitverhaltniss von Verlobung und Trauung* (p. 38 à 57) n'est que la réfutation de cette idée, émise par Friedberg à la suite de l'apparition d'un premier ouvrage de Sohm, *Das Recht der Eheschliessung* (Weimar, 1875).

(5) Cité par Sohm *(Trauung* p. 43 et suiv.). — Voici, d'après Néocorus, le processus du mariage : 1° la recherche en mariage *(die Verbung)*; c'est la période affectée aux négociations; elle se termine par la demande officielle adressée au père de la jeune fille par deux amis du fiancé; 2° la réponse à cette demande, *(die Bekentniss)*. Si le fiancé est agréé, il est « *bekannt* »; 3° l'engagement ou le vœu, c'est-à-dire les fiançailles proprement dites, subdivisées elles-mêmes en deux actes : *a)* le contrat au cours duquel est constitué la *dos; b)* les cérémonies qui interviennent peu après; — 4° les fiançailles terminées, reste à procéder aux épousailles, au jour fixé. — Il résulte bien de ce passage de Néocorus, dit Sohm, que les fiançailles précèdent de longtemps le mariage.

seconde moitié du XIIIe siècle, le curé de *Wetzlar* (1) ayant prétendu imposer à ses paroissiens la célébration des fiançailles à l'église, l'archevêque, saisi d'une réclamation des habitants, leur fit savoir qu'il n'était en rien nécessaire que les fiançailles fussent conclues en présence du prêtre. Pourquoi, d'ailleurs, se plaint-il; son ministère en cette matière serait plutôt pour lui une corvée désagréable (!) Que les jeunes gens *renouvellent* le jour du mariage, les cérémonies des fiançailles, qu'ils aillent alors à l'église, c'est bien assez (!) Et de la réponse du prélat, Sohm tire cette conclusion qu'il y a « *subséquence et non pas simultanéité entre les fiançailles et les épousailles* ». — Et enfin, ajoute le subtil observateur, au VIe siècle, au couvent de sainte Radegonde, à Poitiers, les nonnes, troublées en leurs méditations, se plaignirent à grand fracas du tumulte causé dans le monastère par un festin de fiançailles qui y fut offert *bien avant le mariage*, et dont les bruits tumultueux profanèrent l'austérité du saint lieu (2).

Sans le suivre en d'autres digressions, peut-être aventureuses, nous donnons acte à Sohm des exemples probants qu'il nous apporte en faveur de la distinction certaine des fiançailles et du mariage dont elles sont le prélude nécessaire.

Mais, à notre avis, pas autre chose. Elles ne sont pas l'élément décisif de l'union conjugale, encore bien moins, comme le voudrait Sohm, le mariage lui-même (3), l'hyménée étant réduite au rôle de simple incident sans caractère juridique. « Deux mariages consécutifs, dit-il, sont contractés par la même personne, ce n'est pas la priorité de la *traditio puellæ* qu'il faut prendre en considération pour

(1) Sohm : *Trauung*, p. 50 et suiv. On trouvera à cette place la lettre de l'archevêque de Trèves du 3 avril 1281.

(2) Sohm, *Trauung*, p. 56.

(3) *Id.*, p. 37 : « *Die Verlobung ist die Eheschliessung und die Trauung nicht Eheschliessung.* »

décider quelle est celle des deux qui tiendra, mais bien la priorité des fiançailles. » (1)

Nous ne souscrivons pas, pour notre part, à cette thèse. Il s'agit de se prononcer sur la valeur respective de deux actes en concours; une des deux unions doit être, de toute nécessité, annulée, puisque les Germains ne pratiquaient pas la polygamie. La solution de Sohm ne saurait prouver autre chose que ceci : dans le règlement du conflit force est bien d'accorder la prééminence à l'un des éléments sur l'autre; chez les Germains, c'est la convention qui l'emporte sur la prise de possession. De même, quand il s'agit de statuer sur la validité de deux ventes d'un même objet consenties à plusieurs acheteurs, il faut rechercher non pas quel est celui qui, le premier, a reçu la chose, mais qui, le premier, a traité avec le vendeur (2).

On ajoute : dans le droit des Lombards, des Burgondes et des Wisigoths, tandis que la jeune fille, non fiancée, qui, dans un moment d'oubli s'abandonne aux caresses défendues *(fornicatio)* n'est punie que par son déshonneur *(infamia omissi pudoris)* (3), la fiancée coupable est frappée de mort comme l'épouse adultère (4). N'est-ce donc pas affirmer dans une de ses conséquences les plus saillantes l'identité absolue des fiançailles et du mariage? — La réponse est aisée. Les Romains, eux aussi, assimilaient, sur ce point, la *sponsa* à l'*uxor* et cependant ils distinguaient très nette-

(1) *Es (das Recht) entscheidet die Prioritat des Verlobnisses und nicht der Trauung (Besitzergreifung) weil das Verlobniss die Eheschliessung ist.*

(2) Sohm *op. cit.* p. 19, le reconnaît lui-même.

(3) Id. p. 2, 3, 4, et les notes renvoyant aux textes des lois citées. Nous ne reproduisons ici que la fin du § 1 du t. 44 de la *Lex Burgondiorum* : « *Illa (filia) vero facinoris sui dehonestata flagitio omissi pudoris sustinebit infamiam.* » Walter t. 1. p. 324. Le complice, seul, devait payer 15 *solidi.* — Toutefois, la « *crudelissima lex Saxonum* » punissait de mort la fille coupable de simple *fornicatio*.

(4) Sohm, *op* et *loc. cit.* Ici encore nous ne relatons qu'une partie du texte fort long de la *Lex Burgondiorum*, t. LII. *De mulieribus desponsatis quæ ad aliorum consortium, libidine instigante, transierunt.* La fiancée est traitée comme l'épouse : « *atque ob hoc (adulterium) non aliter tantum crimen tantumque dedecus libertatis, quam sanguinis sui effusione debuerat expiare sponsa.* » Walter, p. 330 *in medio.*

ment les *sponsalia* du *matrimonium*. — Le devoir de fidélité s'explique aussi bien par l'état voisin du mariage que par le mariage lui-même.

Pour nous convaincre, Sohm nous donne en méditation un passage du *Kôning Luitprand*, qui établit un parallèle entre la situation de la fiancée et celle de la nonne (1). Dans l'entrée en religion il y a à distinguer deux moments successifs : le vœu de chasteté, d'abord, et ensuite la consécration par la bénédiction sacerdotale ; or si, après le premier acte, la nonne (2) répudie la vie religieuse, il lui est interdit de se marier. Son acte initial de fervente piété, — ses fiançailles spirituelles, — semblent bien avoir consommé pleinement son mariage avec Dieu. De même, la fiancée, dès qu'elle s'est promise, est tout autant à l'homme qu'elle s'est donnée que si celui-ci lui avait déjà révélé tous les secrets de l'amour. De cette prétendue ressemblance entre les deux cas, on voudrait tirer, par une analogie forcée, une identité entre les fiançailles et les épousailles. — Admettons-la, un instant, mais le mariage lui-même, quand il a été rompu, ne fait pas obstacle à une seconde union ! On ne peut donc le comparer à la rigueur de l'engagement de la nonne, d'une nature toute spéciale.

Et, à l'aide d'autres exemples, Sohm poursuit toujours une démonstration qui lui tient à cœur. Le droit des choses *(Sachenrecht)* part de ce principe que le contrat *(Kauf)* fait immédiatement sourdre non pas seulement une obligation personnelle *(persönliche)* mais encore un droit réel de propriété. La tradition ultérieure *(Besitzübergabe)* n'aura d'autre effet que d'opérer la transmission du droit déjà acquis. *(Investitur, Auflassung)* (3). Il en est de même des fiançailles. Aussitôt que l'accord est intervenu entre les parties, le fiancé jouit de toutes les prérogatives que confère le mariage, et la remise de la femme n'a d'autre but que de lui

(1) Sohm *op. cit.* p. 16 et suiv. — Luitprand, 30.

(2) Sohm, p. 17 l'appelle *die Himmelsbraut* (la fiancée du ciel) et la compare, après Luitprand, *mit der weltlichem Braut* (la fiancée temporelle).

(3) Sohm *op. cit.*, p. 12 et suiv.

livrer matériellement ce qui, en droit, lui appartient déjà. — On est fondé à objecter à Sohm que ses vues sur le *Sachenrecht* sont d'abord contestables; d'ailleurs, l'analogie permet-elle, en vérité, de transporter d'une façon absolue et sans aucune modification, les principes applicables au droit des choses aux fiançailles, acte du droit de famille au premier chef, et n'y a t-il pas une séparation très marquée entre les deux catégories juridiques! Nous n'insisterons pas sur ce dernier point, car Sohm s'est, ici, réfuté lui-même. Il admet que le *mundium* transmis au futur époux, dès l'instant de la *Verlobung* ne devient réel et positif que par la *Trauung* (1); c'est bien implicitement avouer qu'avant le mariage, le *mundium* n'est transmis qu'à l'état théorique et ne repose que d'une façon toute platonique sur la tête du fiancé; autant dire qu'il n'existe pas encore, et que c'est seulement le mariage qui lui donnera, plus tard, avec l'énergie juridique, la plénitude des effets pratiques.

Enfin achevons avec Sohm. Il prétend que les langues germano-romaines confondent en une même expression les mots : fiancé et époux. N'y a-t-il pas là, s'empresse-t-il de conclure, la preuve que le lien du mariage n'est établi par les fiançailles et rien que par elles (2)? — L'erreur, ici, est grossière et, sans appeler en témoignage les nombreux textes déjà cités au cours de cette étude, il suffira de dire que nous pourrions en signaler d'autres encore qui, mettant en opposition les termes *sponsa* et *uxor*, sont loin de les tenir pour synonymes. Ils leur servent, au contraire, à étiqueter deux états subséquents et bien distincts de la même personne.

Contre le système de Sohm, si méticuleusement agencé, de même que Friedberg. Edgar Loëning (3) s'est inscrit en

---

(1) Sohm. p 14 et 15.

(2) Id. p. 32 et 33. « ..... *Dass das Band der Ehe durch die Verlobung und nur durch die Verlobung erzeugt wird?...* »

(3) Edg. Loëning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts* (2 vol., Strasbourg, 1878) t. II, p. 59. Dans le même sens ; Scheurl, *Die Entwicklung*

faux. D'après lui, il n'est pas exact qu'après la *desponsatio*, le mariage existe en tant qu'union juridique. Il n'est véritablement complet qu'après les fiançailles et les épousailles dont ce sont là les deux éléments constitutionnels irréductibles. Le mariage exige l'accomplissement successif de ces deux actes indispensables et, peut-être, faut-il de plus que la *copula* s'y ajoute.

L'épisode historique du mariage de Clovis et de Clotilde, rapporté par Frédegaire, en son *Epitome* de Grégoire de Tours (1), se présente à nous comme l'illustration de ces principes. Le roi franc dépêche des émissaires en Bourgogne, auprès de Gondebaud pour le prier de consentir à l'union de leur souverain avec sa nièce dont il était le *mundoald*. « *Ille denegare metuens et sperans amicitiam cum Chlodoveo inire se daturum spondit. Legati, offerentes solidum et denarios, ut mos erat Francorum, eam partibus sponsant...* »

Dès ce moment les fiançailles sont accomplies, mais le mariage reste à parfaire. Pour cela, une autre cérémonie s'impose : la remise publique de la fiancée dans une assemblée populaire *(in mallo aut in placito)*. On la requiert « *... Nulla stante mora, inito placito Cabillono, nuptiæ præparantur...* » Le *mundium*, jusqu'alors latent, appartient désormais à l'époux. Pour lui permettre de l'exercer, une condition de pur fait manque encore, c'est la cohabitation. On se met en mesure d'y satisfaire, « *ad præsens Chlodoveo perducitur ipsamque in matrimonium Chlodoveus accipit.* » Et, parlant du même événement, le chroniqueur ajoute

---

des Kirchlichen Eheschliessungsrechts, Erlangen (1877) p. 35. En France, Viollet, *op. cit.* p. 355 : « On a même soutenu que les fiançailles, à elles seules, suffisaient à constituer un mariage parfait; mais cette opinion émise par un savant jurisconsulte *(Sohm)* ne paraît pas entièrement conforme à la vérité historique. » Glasson, *Hist. du Dr. et des Inst. de la France*, t. 3, p. 11 et 12. « Les fiançailles devenaient définitives par le mariage, mais elles ne valaient pas à elles seules le mariage, et *Sohm* s'est, à notre avis, sérieusement trompé lorsqu'il les a considérées comme une union complète et parfaite. »

(1) Ep. §§ 18 et 20, Dom Martin Bouquet, *Rec. des Hist. de la France* (Paris, 1739) t. 2, p. 399 et 400.

dans un autre ouvrage : « *Quam acceptam (Chlotildem), rex cum gaudio suscepit sibique legaliter copulavit.* » (1)

La perpétration du mariage était le plus souvent précédée d'une consécration du lit nuptial par le prêtre « *ad introitum thalami* » (2), mais il n'intervenait pas auparavant. Lœning (3) remarque que les plus vieux rituels de l'Église franque ne renferment aucun document sur la bénédiction des fiancés...

La relation de Frédégaire que nous venons de rapporter tout au long nous montre qu'en dépit de la doctrine de Sohm, il convient d'affirmer que les fiançailles germaines ne sont pas à elles seules tout le mariage. « En veut-on une dernière preuve, nous dit M. Colin? (4) Une formule de Marculfe (5), singulièrement significative, a trait à la situation suivante : Un jeune homme a enlevé de force une jeune fille qui lui était promise par des fiançailles régulières. Cet enlèvement l'expose à la peine de mort. Grâce à l'intervention de tierces personnes, il obtient d'échapper au châtiment qu'il a encouru et s'acquitte envers la fiancée qu'il a ravie en lui faisant, avant les noces, une importante donation. Il est trop évident que ce texte serait complètement inintelligible si les fiançailles et le mariage n'étaient, ainsi qu'on le prétend, qu'une seule et même chose. »

La *desponsatio* était si peu le mariage qu'elle ne créait même pas une obligation civile d'épouser. Il est vrai que les lois wisigothiques décidaient que « *le fiancé ne pourra quitter, malgré elle, sa fiancée* » (6) — « *qu'il était contraint*

---

(1) *Vita sanctæ Chlotildis, Liber historiæ Francorum* (Ed. Krusch) p. 343.

(2) « Le prêtre en étole fait le tour du lit lentement, multipliant les bénédictions en forme de croix : « Bénissez vous-même le lit nuptial, ô mon Dieu, afin que ces chrétiens y reposent dans votre paix et vieillissent dans votre amour! », et, après une pause : « Que la main de Dieu soit sur vous et qu'il fasse descendre un des ses anges pour être ici votre gardien en tous les jours de votre vie! ». Léon Gautier, *op. cit.*, p. 441.

(3) *Op. cit.*, p. 603.

(4) *Op. cit.*, p. p. 95.

(5) Marculfe, lib. II, formule XVI : « *Si aliquis puella invita traxerit.* » Dans cette formule, l'opposition entre les mots : fiançailles *(desponsatio)* et mariage *(conjugium)* est très claire.

(6) *Lex Wisig.* l. III, t. I, § 3. « ... *Quamvis scripturæ non intercurrant, nec liceat uni parti suam immutare aliquatenus voluntatem, si pars*

de l'épouser » (1), mais, dans ces prescriptions, il y avait plutôt un vœu de la loi qu'un ordre impératif (2), qu'il eût été d'ailleurs impossible de ramener à exécution effective. Le roi Théodebert fut, dit-on, forcé par son Parlement d'abandonner sa concubine *Deutérie*, afin de prendre pour épouse sa fiancée, la douce *Wisigarde*, fille du roi *Vacho*, qui l'attendait depuis sept ans, sans lui avoir donné de justes sujets de plaintes (3) ; mais est-il besoin de noter que, si le monarque obéit, c'est qu'il le voulut bien et qu'il lui plût de satisfaire à un engagement bien plus de conscience et d'honneur que de droit strict. Il se rendit aux exhortations de son Conseil, il ne se soumit pas à ses ordres.

Si l'on encourageait au respect des promesses échangées, on n'allait pas jusqu'à frapper de nullité les mariages conclus au mépris de fiançailles violées. Dans le cas où une jeune fille a épousé un autre que son fiancé, sans invalider l'union, — ce qui eût été la véritable sanction d'une stricte obligation juridique, — le Code wisigothique décidait qu' « *elle et son mari paieraient une livre d'or à qui le roi voudra et deviendraient, en qualité d'esclaves, la propriété du fiancé légitime* » (4). Cette solution ne doit pas nous surprendre, car nous savons que le droit barbare était bien plus pénal que civil. — Ainsi le propriétaire d'un objet mobilier dépossédé est armé n'on pas d'une action en revendication qui lui permettrait de recouvrer sa chose, mais seulement d'une

---

altera præbere consensum noluerit, sed secundum legum ordinem, altera constitutione dotis impleta, **nuptiarum inter eos peragatur festi celebritas.** » Le lien des fiançailles ne peut être rompu que d'un commun accord. Quand bien même aucun écrit n'est intervenu, une seule des deux parties, « *factæ sponsionis immemor* » ne peut se dégager. La constitution de dot doit être opérée et le mariage accompli.

(1) « *Quod definitum immutare non liceat.* » *Lex Wisig.* l, III, t. I, § 4. Mais cela n'était vrai que pendant un délai de deux ans après les fiançailles (même loi *in medio*).

(2) Cela est si vrai que dans le § 2 du même titre, la loi des Wisig. n'annule pas, ainsi que nous allons le voir, le mariage conclu avec un autre qu'avec le fiancé.

(3) L'anecdote est tirée par Sohm *(op. cit.*, p. 8) de Grégoire de Tours.

(4) *Lex Wisigothorum*, L. III t. I, § 2 ; *Adde : Lex Alamannorum*, t. LIII, *Si quis sponsam suam dimiserit et aliam duxerit.*

action *ex delicto*, qui l'autorise à réclamer, pour le punir, une composition à l'usurpateur.

En droit germanique, la *desponsatio* n'avait d'autre effet que d'astreindre les contractants à la fidélité réciproque et de donner au fiancé un droit sur la personne de la jeune fille. La sanction du devoir de fidélité était particulièrement rigoureuse pour la femme. Les lois des Lombards et des Burgondes punissaient de mort la *sponsa* qui avait trahi la foi promise ; celle des Wisigoths la privait de la liberté et lui confisquait ses biens (1).

Le droit acquis par le fiancé sur la future épouse se manifeste surtout en cas de rapt. A l'origine la fiancée n'est pas restituée « car, dit Sohm (2), une fois défloréе, c'est comme si elle était morte ». La vieille loi salique, nous révèle cet état du droit (3). Une composition pécuniaire, dont le tarif varie suivant les cas, est donnée partie au *mundoald* et au roi, partie au futur. — Plus tard, toujours d'après Sohm, sous la pression du droit chrétien, plus idéaliste, les sentiments juridiques s'affinent. En dehors de l'indemnité, on accorde la remise de la prétendue à celui envers qui elle s'est engagée ; « il faut autant que possible satisfaire le désir même qui a fait conclure les fiançailles » (4). Dans la loi des Alamans, ce progrès n'est pas encore pleinement réalisé. Le ravisseur peut abandonner sa conquête ou la garder en acquittant une somme double de celle dont il est débiteur s'il opte pour le premier parti : « *Si quis sponsatam alterius contra legem acciperit, reddat eam et cum 200 sol. componat. — Si autem reddere noluerit, solvat eam cum 400 sol.* » (5) La loi des Bavarois, plus morale,

(1) *Edictum Rotharis*, 179 *in fine*. *Lex Burg.* t. LII ; *Lex Visigoth.* lib. III, tit. IV, § 2 (antiqua).

(2) Sohm *op. cit.* p. 23. La fiancée était considérée comme chose remplaçable *(ersetzbar)*.

(3) « *Si quis sponsam alienam tulerit et sibi in conjugium copulaverit MMD den. : culpabilis judicitur.* » *Lex salica*, t. XIV. L. 8.

(4) Sohm, *op. cit.* p. 23. — Il dit du droit chrétien qu'il est ici la réalisation de l'idée, *(die Realisirung der Idee)*.

(5) *Lex Alammanorum ;* tit. LII, *de eo qui sponsam alterius contra legem acceperit.* Lois I et II.

supprime cette alternative : « *Si quis sponsam alicujus rapuerit, vel per suasionem sibi eam duxerit uxorem, ipsam reddat et cum 80 sol. componat.* » (1)

§ IV. — ***De la dissolution des fiançailles.*** — A en croire Tacite, l'union conjugale, dans l'antique et austère Germanie était indissoluble ; tout au moins, les secondes noces y étaient inconnues (2). Après les invasions, les Barbares, en contact immédiat avec les Romains avilis et dégradés par la débauche, se laissent gagner par la corruption qui, depuis longtemps, avait mordu de son acide malfaisant la vieille société impériale (3). Les mœurs sont relâchées et ne méritent plus les pompeux éloges que Tacite leur avait, jadis, copieusement décernés. On abuse de la répudiation et du divorce autrefois ignorés (4).

D'après Lœning (5), le mariage peut prendre fin par consentement mutuel. Il est aussi rompu quand la femme commet certaines fautes énumérées par les lois ; enfin, il est permis au mari de répudier l'épouse par caprice, à condition de lui restituer sa dot et de lui payer une indemnité (6). Quant à l'*uxor*, elle ne jouit du droit de *repudiatio* que dans certains cas très graves, comme par exemple

---

(1) *Lex Bajuvariorum;* tit. VII, cap. XVI : *Si alterius sponsam rapuerit.*

(2) Tacite ; *Germanie,* § 17 et suiv.

(3) « Ajoutez à cela, dit M. Meynial, *(op. cit.* p. 102) qu'à en croire César et les épopées celtiques, les Gaulois étaient peut-être fort loin de la pureté des mœurs des Germains primitifs et qu'il faut bien aussi tenir compte de cet élément après les invasions. » Voy. d'autres raisons de la transformation des mœurs germaines. Id. *Op. et loc. cit.*

(4) Grégoire de Tours nous dit, à plusieurs reprises, que les rois francs répudiaient leurs femmes de la façon la plus arbitraire. V. Glasson et les références données par cet auteur. *Hist. du D. et des I.*, t. III p. 24.

(5) Lœning, *op. cit.* t. II. p. 617, note 2. Marculfe nous a rapporté une formule de divorce par consentement mutuel et on en trouvera aussi plusieurs autres dans le *Recueil de Rozière;* Marculfe : liv. II, form. 30; Rozière, *Recueil genéral des formules usitées dans l'empire des Francs* (1859). (Form. 110, 111, 112, 113 et 114.)

(6) Glasson *op. cit.* p. 24.

lorsque l'époux la livre à la prostitution ou se rend lui-même coupable de sodomie (1).

Le lien du mariage n'était donc pas d'une solidité telle qu'il ne pût jamais être brisé. Celui des fiançailles, — on le comprend, — devait être encore plus fragile. La loi des Wisigoths constate une grande ressemblance entre les causes de rupture des deux engagements (2). Tout d'abord les fiançailles sont caduques quand elles n'ont pas été converties en mariage dans le délai de deux ans (3). Le pacte prénuptial ne résiste pas à l'adultère (4) ; à ce fait *(vitium aut crimen)* que la fiancée est « *sepulcrorum violatrix* » (5), accusée de sorcellerie, soupçonnée de possession par le diable, atteinte subitement de folie, de lèpre ou de cécité. Les Germains voyaient dans ces accidents la punition des péchés capitaux de la femme ; aussi les tenaient-ils pour de justes motifs de résiliation du contrat (6).

Mentionnons, en outre, comme cause de dissolution, le suivant : « Quand, les fiançailles accomplies, il éclate une grande inimitié entre les parents des deux côtés à la suite d'un homicide ou de tout autre crime de ce genre, elles peuvent être brisées par l'une des parties » (7). — Enfin, nous jugerions superflu de constater que la mort fait s'évanouir les accordailles si, avec naïveté, l'édit de Rotharis ne le disait en termes exprès (8).

---

(1) *Lex Wisigoth*, III, 6, 2 ; *Ed. de Rotharis* 195, 196, 197 ; Lœning, *op cit.* p. 623, n° 1.

(2) *Lex Wisigothorum*, III, t. IV, § 2.

(3) *Ed. Rotharis*, 178. -- *Lex Wisigoth*, lib. III t. I, § 4.

(4) Sauf quand les parents ont pu disculper la jeune fille : « *Si parentes eam de ipso crimine mundare non potuerunt* », *Rotharis leges*, 179.

(5) *Lex Burg.* tit. XXXIV § 3.

(6) *Ed. Rotharis* 180. « *Si peccatis imminentibus contigerit, postquam puella aut mulier sponsata fuerit aut leprosa, aut dœmoniaca, aut de ambobus oculis excoecata apparuerit, tunc sponsus recipiat res suas, quas dedit et non compellatur ipse invitus eam tollere ad uxorem, ne pro ea causa calumnietur ; quia non suum neglectum fuerit, sed peccato imminente, et ægritudine superveniente.* »

(7) Davoud-Oghlou, *Leg. des anc. Germ.*, t. II, p. 49 n° 29 ; *Luitprand* 119.

(8) *Ed. Rotharis* 216.

Si le fiancé invoque, à l'appui de sa retraite, une des raisons légitimes plus haut signalées, il est affranchi de toute peine, mais s'il se rétracte à la légère il doit payer une composition (1) fixée par la loi à défaut de clause pénale (2). De plus, dans ce cas, la loi des Alamans obligeait l'homme à déclarer, sous serment et en public, qu'il n'avait rien à reprocher à celle qu'il laissait; seul, son amour plus violent pour une autre femme l'avait poussé à enfreindre sa promesse et à abandonner la jeune fille qu'il avait tout d'abord élue pour compagne (3).

Les Codes barbares ne nous parlent que du fiancé qui rompt par caprice. La femme serait-elle plus étroitement liée et n'aurait-elle pas le droit de se choisir un autre époux, si celui à qui elle a donné d'abord sa parole a cessé de lui agréer ?

Le silence des textes sur ce point a été interprété par Pardessus en faveur de la *sponsa*. Dans sa Dissertation sur la loi salique (4), cet auteur considérable soutient qu'il était loisible à la fiancée de se reprendre et qu'elle le pouvait même, dans tous les cas, impunément : « Il y a, dit-il, dans cette différence, un sentiment de convenance digne de remarque. Le refus qu'un homme fiancé solennellement avec une jeune fille faisait ensuite de l'épouser nuisait à la réputation de celle-ci s'il se retirait sans motifs et il devait une indemnité. Des inconvénients beaucoup moins graves étaient attachés au refus de la fiancée. » (5) M. Glasson est plutôt porté à croire que la dénonciation arbitraire du

---

(1) A chaque instant, nous lisons dans les textes que le fiancé condamné est celui qui se retire *sine causa*. Ex. : *Lex burg.* tit. XXXIV, § 2; *Lex baj.* titre VII, chap. 75.

(2) Voy. Grég. de Tours (livre IV, § 47). Dans le fait rapporté par ce chroniqueur, la clause pénale ne s'élève pas à moins de 16.000 sous d'or.

(3) Lex Alam, LIII, « *Si quis desponsatam dimiserit et aliam duxerit, componat eam quam desponsavit et dimisit, cum quadriginta sol. Et cum duodecim sacramentibus juret... ut nullum vitium in illa invenisset, sed amor de alia eum adduxit ut illam dimisisset et aliam habuisset uxorem.* »

(4) Pardessus, *Loi salique*, (Paris, Imp. Nat., 1843) Dissertation XIII, p. 667.

(5) Procope considérait comme une injure grave pour la jeune fille le refus immotivé du fiancé (*De Bello gothico*, l. IV, cap. 20).

contrat sans amende n'appartenait pas à la *sponsa*, mais à celui qui exerçait le *mundium* sur elle et qui l'avait promise en mariage (1). Nous croyons que cela, peut-être vrai à l'origine, ne l'était certainement plus dans le droit récent où l'individualité de la femme s'affirme avec netteté.

SECTION II. — LES FIANÇAILLES ET LES BIENS

Des libéralités entre fiancés. — Nous avons établi, au début de cette étude, qu'à une certaine époque le *pretium nuptiale*, d'abord payé au titulaire du *mundium*, perdit sa fonction primitive et fut soldé entre les mains de la fiancée elle-même. Dès lors, il devint le *dotalitium* ou *dos*, constitué, dans le système germanique, par le prétendant à la jeune fille. A plusieurs reprises, les Formulaires nous révèlent des donations adressées *in Dei nomine* à la *dulcissima atque amantissima sponsa* par un fiancé *in ipsa amoris dulcedine*. Ce sont des sommes d'argent, des champs, des vignes *(silvis, pratis, pascuis)* qui sont le plus souvent offerts et aussi des bestiaux *(boves, vaccas, porcos* et *verveces)*. Ces libéralités se formant *per festucam atque per andelagum* et constatées, en général, dans une *cartula*, étaient consenties au moment des fiançailles, et la livraison s'en effectuait la veille ou le jour de l'union : « *Hæc omnia super nominata, quandoquidem dies nuptiarum evenerit et nos Deus conjunxerit, tu dulcessima sponsa... ab ipso die hoc habeas, teneas, possideas.* » (2)

L'Église qui, par habileté politique, a toujours su se concilier les femmes, s'efforça de favoriser et de développer

(1) Glasson, *op. cit.* t. 3, p. 11.

(2) Voy. la très intéressante formule 75 de Lindenbrog : *Libellus dotis*, Walter, t. III, p. 434 et le n° 5 des formulæ Bignonianæ : *Donatio ad sponsam* Walter. t. III, p. 401 et 402; Voy. aussi le n° 14 des formulæ Sirmondicæ : *Don. sponsæ facta;* Walter, t. III p. 380 et 381.

ces usages. Sa conduite fut aussi probablement dictée par cette considération qui, dans le droit romain du Bas-Empire, avait fait exiger, pour les personnes d'un certain rang, la nécessité d'une dot et des *instrumenta dotalia* (1). La *dos* avait ce grand avantage de mieux assurer la preuve du mariage légitime qui, sans elle, eût pu trop aisément se confondre avec les relations illicites. Aussi, en 524, le Concile d'Arles édicta la fameuse maxime que les Capitulaires s'approprièrent dans la suite : *nullum conjugium sine dote* (2). En ce temps, où le mariage était valable sans bénédiction nuptiale, en l'absence de constitution dotale, on présumait qu'il y avait concubinage. « La *dos* manquant, le mariage était fort difficile à établir en cas de procès, mais on s'abuse en soutenant qu'en dehors d'elle, il n'existait pas. Une pareille législation aurait eu pour effet d'interdire le mariage aux pauvres, ce qui eût été tout à fait inadmissible et manifestement contraire à l'esprit de l'Église. » (3)

Il n'en est pas moins vrai que la pratique de la *dos* était fort répandue et, pour peu que sa fortune le permît, on n'oubliait pas de s'y conformer. La *dos* était regardée comme un accessoire presque indispensable du contrat de fiançailles. « Sa constitution se règle et se confond avec l'acte par lequel la main droite posée sur le livre des Évangiles, les deux époux jurent par serment de se prendre pour mari et femme « *en face de Sainte Mère l'Église* » lorsque l'un par l'autre en sera requis. Les notaires en rehaussent la solennité par de belles formules à leur usage, où au nom de Dieu et des livres saints qu'ils se plaisent à citer, ils posent à la base du contrat l'indissolubilité de l'union conjugale, et dans lesquelles le « *crescite et multiplicamini* » de la Bi-

(1) La rédaction d'un *instrumentum dotale* a été requise par Justinien pour le mariage des *personæ illustres (nov.* 22, c. 3 ; 117, c. 4) et pour celui du concubin avec la concubine. (L. 10, C. *De Naturalibus liberis*, v. 27.)

(2) En 858, un archevêque de Tours répète la règle « *ut sponsa legibus sponsetur et dotetur* » (Labbe et Cossard, *Concilia*, (Paris, 1672) VIII, 633).

(3) V. Glasson, *Histoire du droit et des inst.* t. 3, p. 197; *Adde :* Beauchet, Nouv. Rev. Hist., 1882. *Les Formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit*, p. 379.

ble sert à leurs commentaires sur le but essentiel de cette union. Les stipulations d'intérêt ne viennent qu'après... » (1)

On tenait tant à ce que la fiancée fût dotée, qu'à défaut de dot conventionnelle, la plupart des Codes germaniques avaient institué une véritable dot légale dont le montant variait avec les pays. Il était de 50 sous chez les Ripuaires, de 40 chez les Alamans (2). La loi des Wisigoths n'établissait pas de chiffre minimum; mais, pour éviter des libéralités que la passion, qui ne calcule pas, eût peut-être exagérées, elle décidait que la dot ne pourrait dépasser, en aucune hypothèse, le dixième de la totalité du patrimoine (3). De même, Luitprand fixait un maximum de 300 *solidi*, sauf exception pour certains personnages importants (4).

La dot légale n'est autre chose qu'un gain de survie auquel la femme n'a droit qu'à la mort de son époux. Si elle vient à décéder avant lui, ses héritiers ne peuvent en rien y prétendre (5). Il semble bien qu'il ait fini par en être de même du régime de la dot conventionnelle. Cette dernière, comme la dot légale, paraît avoir été, au début, constituée en propriété et c'est le droit plein et entier, et non le simple usufruit, que l'on supposait en l'absence de convention contraire (6). Ces libéralités, intervenues à l'occasion des fiançailles, sont l'origine du *douaire* de notre ancienne jurisprudence qui, lui aussi, fut un gain de survie en pleine propriété avant de n'être pour la douairière qu'un bénéfice viager.

Le *douaire* découle encore d'une autre source. La *dos*,

---

(1) Charles de Ribbe, *La Société provençale à la fin du moyen âge, d'après des documents inédits* (Paris 1898) p. 187 et suiv.

(2) *Loi des Alamans*, titre LV, § 2 : « *Dotis legitima autem quadragenta solidis constat, aut in auro, aut in argento, aut in mancipio, autin qualicumque re quam habet ad dandum.* » — *Lex Ripuarum*, t. XXXVII, §§ 1 et 2.

(3) *Lex Wisigothorum*, III, 1, 5.

(4) Luitprand, chap 88. — Chez les Bavarois, la dot légale variait suivant le rang et la fortune du mari. Il n'y avait pas de chiffre fixe. (*Lex Bajuv.* VII, 14, 2.)

(5) Cette solution n'est, toutefois, formulée que par la loi des Ripuaires. tit. XXXVII § 2. Voy. Glasson, *Hist. du droit et des instit.* t. 3 p 199.

(6) *Sic.* : Glasson, *op. cit.* p. 201.

filiale de l'archaïque *pretium emptionis* intervient lors de la conclusion des fiançailles. Plus tard, quand les relations entre jeunes gens sont déjà plus cordiales, la *sponsa* est gratifiée d'une seconde libéralité faite par le futur et connue sous le nom de *tandono*. Bâtie sur le modèle de *sponsalitium* romain, elle s'absorba, elle aussi, dans le douaire de notre vieux droit coutumier (1).

Ce dernier s'alimenta, enfin, d'une troisième institution : le *morgengabe* ou don du matin fait par le mari à sa femme dès son réveil, le lendemain de la première nuit de noces (2). Ce n'est plus la fiancée qui reçoit, mais déjà l'épouse. La jeune femme a perdu, pendant la nuit, sa virginité, et les Germains grossiers disaient, sans galanterie, que le seul objet du *morgengabe* est de lui en payer le prix *(pretium virginitatis aut pudicitiæ)* (3). — Nous ne ferons pas l'étude de cette dernière donation qui, à l'inverse des deux précédentes, nous échappe, car elle est adressée à l'*uxor* et non plus à la *sponsa*. Disons simplement que l'Église lui reprochait de présenter un caractère immoral; aussi elle la combattit et favorisa sa confusion avec le *douaire* réglementé par elle avec soin. Il était constitué, avant le mariage, à la porte de l'église, *(ad ostium ecclesiæ)* mais, en souvenir d'une de ses origines, il présenta ce caractère de n'être acquis que par la cohabitation (4).

En retour des générosités dont il comblait sa future, le fiancé recevait des parents de cette dernière des cadeaux dont l'ensemble s'appelait *faderfium*. Ils consistaient simplement en vêtements, armes ou autres objets de même

---

(1) Voy. Glasson, *op. cit.* p. 202.

(2) Cette libéralité portait parfois sur les biens de grande valeur. Dans le traité d'Andelot, le morgengabe de *Galsuinde* comprit un certain nombre de villes importantes. V. Glasson, *op. cit.*, p. 203.

(3) Aussi la veuve n'y avait-elle pas droit; mais à défaut de *morgengabe*, il existait à son profit l'*Abendgabe*, don du soir. Voir Ginoulhiac. *Histoire du Régime dotal et de la communauté de biens en France* (Paris, 1842) p. 202.

(4) « *Au coucher, la femme gagne son douaire* », disait-on dans l'ancien droit. (Pothier. *Traité de la communauté*, § 22.)

nature. Parfois, l'importance du *faderfium* était beaucoup plus considérable. Childéric, par exemple, fit, à ce titre, de très grands présents à son gendre. Chez les Lombards, le *faderfium* n'était qu'un gain de survie; il est difficile de savoir s'il en était de même chez les autres peuples (1).

Toutes les libéralités que nous venons d'examiner ne s'expliquaient que par la considération du mariage projeté. En cas de rupture des fiançailles, elles devenaient caduques. Si elles avaient déjà été livrées, la restitution en était due. Ainsi le décidaient Luitprand et l'Edit de Rotharis (*sponsus recipiat res suas quas dedit*) (2).

APPENDICE

LES FIANÇAILLES DANS LE DROIT ISLANDAIS DU MOYEN AGE (3)

A la fin du XIIIe siècle, l'Islande, bien que déjà depuis longtemps chrétienne, avait une législation matrimoniale nettement laïque. Les lois du pays, « *les Gragas* » voyaient dans le mariage un contrat de pur droit civil valable sans que la bénédiction du prêtre fût en rien nécessaire. De même que, chez les Germains, la perfection de l'union con-

(1) Voir sur le *faderfium*, Ginoulhiac, *op. cit.* p. 220; Boissonnade, *Histoire des droits de l'époux survivant* (Paris, 1874), et Glasson, *op. cit.* p. 209.

(2) Ed. Rotharis, 179, 180. — Luitprand, 119.

(3) Nous allions passer maintenant à l'étude des fiançailles canoniques, quand nous fut signalé sur notre sujet l'article de M. le professeur Beauchet, paru dans la *Nouvelle Revue historique* (année 1885, p. 65 à 90). Les fiançailles islandaises rappellent, par bien des points, les fiançailles germaniques. Néanmoins, comme elles présentent, à certains égards, une originalité propre, nous croyons utile de résumer très brièvement ici l'article de M. Beauchet. Il est accompagné de tout un appareil de textes justificatifs, la plupart fort longs et passablement diffus, tous extraits des *Gragas*, traduits en latin par Schlœgel et reproduits par M. Beauchet. Nous renvoyons pour leur examen approfondi au travail précité.

jugale exigeait des fiançailles *(festar)* et des noces (1), toutes deux également indispensables pour créer le mariage, mais affranchies les unes et les autres de tout caractère religieux.

Dans l'intérêt de notre étude historique, il importe d'examiner ici les premières.

§ 1. — ***Les parties contractantes.*** — Dans ce contrat où la femme nous apparaît bien plus comme une chose que comme un véritable sujet de droits, nous voyons intervenir trois personnes : le *mainbour*, c'est-à-dire celui qui a puissance sur la femme, le fiancé *(taka festar)* et la fiancée *(festar kona)*; mais celle-ci, simple objet du contrat, n'y stipule pas. Tout se passe entre le futur et le *mainbour*, — en général, l'héritier présomptif mâle de la fiancée, — qui, lors du contrat, transmet au prétendant, en échange d'un prix, son pouvoir sur la femme. La *desponsata* ne peut s'opposer à la cession qu'en entrant dans un couvent. Ce droit de contrainte si rigoureux est un attribut de la puissance paternelle qui n'appartient pas à d'autre parent que le père (2). Ce dernier, d'ailleurs, — et par à fortiori tout autre *mainbour*, — jouit de prérogatives moins étendues, lorsqu'il s'agit non plus de prendre l'initiative des fiançailles, mais de s'opposer à des projets que la pupille elle même a formés. En effet, pour s'assurer la succession *ab intestat* de la femme, le *mainbour* aurait pu, dans un esprit de lucre, n'accorder jamais le consentement sollicité; aussi, quand il a deux fois déjà refusé son adhésion à un mariage convenable, si la fiancée lui présente un troisième candidat dont la condition est déclarée par un jury spécial égale à la sienne, il est tenu de s'incliner pourvu, toutefois, que la

(1) La cérémonie de la noce consistait en un festin après lequel les époux se mettaient publiquement dans le même lit.

(2) Au moins, dans le droit des *Gragas*. Les *Sagas*, qui sont plus anciens, contiennent plusieurs exemples du droit de contrainte exercé sur la fiancée par d'autres que le père.

fiancée soit approuvée au moins par un parent et âgée de vingt ans (1).

§ II. — ***Formes des fiançailles et stipulations qui les accompagnent.*** — Le contrat de fiançailles s'analyse, en la forme, dans l'échange de promesses solennelles qui se font réciproquement, sous les yeux de témoins, le *mainbour* et le fiancé, en dehors de toute autorité civile et religieuse. Une poignée de mains *(handsalar)* scelle définitivement l'accord. Puis, quand une dot est fournie, ce qui arrive assez souvent, on discute sur son chiffre, son mode de constitution et de restitution éventuelle; on fixe le jour de la noce et l'on débat en famille toutes questions pécuniaires et autres nécessités par la perspective du mariage (2).

Tout cela n'est pas indispensable. La seule stipulation essentielle est celle d'une certaine somme *(mundr)* représentant le prix d'achat de la femme et remise par le fiancé au *mainbour*. Il résulte d'un texte (3) que le prix consistait *au moins* en une *marca*. Aussi, peut-on penser qu'il n'avait pas une simple signification symbolique; autrement, le montant en eût été dans tous les cas uniforme, et il ressort, en outre, de diverses dispositions de la loi islandaise qu'il serait faux d'attribuer à la *marca* une valeur insignifiante; ainsi, par exemple, c'est seulement en deça de cette somme qu'on se trouve en état de pauvreté légale (4).

Le *mundr* reste acquis au *mainbour*, dans l'hypothèse d'un refus injustifié du fiancé de procéder au mariage. On ne comprendrait pas qu'il fût donné à la femme; elle n'a pas été partie au contrat et ne peut, dès lors, recevoir une

(1) « *At si disponsatores feminæ, nuptum retardare intendentes, duos, qui digni videbantur procos repudieverint, ipsa, quoad tertium sibi prospiciat, modo cujusdam propinqui sui consiliis adhibitis, æqualis adesse videatur conditio. Hoc libertatis viduæ vel virgini vicenariæ vel adultiori conceditur.* » Festa-Thattr, t. I. p. 367.

(2) Sur tous ces points, V. Beauchet. *op. cit.* p. 74 et 75.

(3) « *Is hæreditatis capax non habeatur cujus mater aut non marca* **vel majoris pretii** *antiphernis coemta est.* » Cité par Beauchet, p. 76.

(4) Voy. sur la valeur de la *marca* ou *mörk*, Beauchet, p. 77.

indemnité pour violation d'un engagement non souscrit à son profit. Hormis le cas de rupture, le *mundr* revient, en fin de compte, à l'épouse, d'après la règle : « *au coucher, la femme a droit à son mundr* ». Ce n'est ni le *morgengabe* des Germains, car, à l'inverse de ce dernier, il peut être payé dès les accordailles, ni un cadeau de fiançailles par la raison que, parfois, sa prestation n'a lieu que bien après. Le *mundr* nous paraît constituer plutôt une sorte de *donatio propter nuptias*, c'est-à-dire une contre-partie de la dot (1).

§ III. — ***Effets des fiançailles.*** — Bien que de toute nécessité dans le système matrimonial islandais, les fiançailles, pas plus qu'en droit germanique, ne suffisent pour fonder à elles seules le lien légitime entre l'homme et la femme. Le mariage, qui n'est complet qu'après les noces, ne remonte même pas rétroactivement au jour où elles ont été conclues.

En voici la preuve : Le commerce des fiancés constitue un *stuprum* puni par une loi sévère et, d'autre part, les enfants nés des relations sexuelles des futurs ne bénéficient pas de la légitimité. De plus, la promise infidèle n'est pas tenue pour adultère; enfin, différence assez bizarre, tandis que la répudiation sans motifs expose le mari à de simples peines pécuniaires, le fiancé qui, par caprice, revient sur sa parole, encourt un châtiment rigoureux : le bannissement. Les fiançailles et le mariage, on le voit, ne sont pas traités également, en ce qui touche leur rupture. On ne saurait donc confondre et ramener l'une à l'autre les deux institutions (2).

Les fiançailles produisent, toutefois, de très importants effets. L'obligation du fiancé est de se tenir aux stipulations de son contrat (3); son droit strict c'est d'exiger que la femme promise lui soit livrée afin qu'il puisse l'épouser. Le *mainbour* ou tout autre qui, pour garder la fiancée « ferme sur

---

(1) En effet, si la dot n'est pas essentielle dans le mariage, elle y est, du moins, habituelle.

(2) Beauchet, p. 80 et 81.

(3) S'il s'y refuse, il n'encourt aucune peine, mais il doit payer le *mundr* convenu.

elle sa porte et son verrou », est frappé de bannissement. — Ainsi réduite à des pénalités, la protection de la loi qui voulait être, avant tout, efficace, se fût trouvée en défaut. Il fallait accorder au fiancé une plus sûre garantie. Si, en violation des anciennes, de nouvelles fiançailles ont été conclues, même suivies de mariage, elles sont nulles. Seraient-ils de bonne foi, le second fiancé ou le mari doivent, dès qu'ils ont été avertis (1), cesser sans retard toute cohabitation avec le fiancé, s'ils ne veulent pas être sérieusement punis. Enfin, des dommages-intérêts, consistant dans le paiement de la dot, sont dus par le *mainbour* au futur délaissé.

Le lien que les *sponsalia* ont créé entre les parties (au profit du fiancé seul) ressemble beaucoup à celui qui existe entre une chose donnée en gage et le créancier gagiste (2). Le fiancé a acquis une sorte de droit réel opposable à la fois au *mainbour* et aux tiers. Ainsi on s'explique les moyens énergiques que la loi accorde au fiancé pour revendiquer la femme que lui a cédée le *mainbour*. Le contrat n'a conféré à ce dernier qu'un droit personnel, et voilà pourquoi le fiancé qui rompt son engagement ne s'expose à autre chose qu'à une indemnité « absolument comme un acheteur peut se refuser à exécuter son obligation sous la seule sanction de dommages-intérêts » (3). La fiancée, au contraire, est frappée d'un véritable droit réel qui autorise son titulaire à suivre son gage partout, en quelques mains qu'il le trouve.

§ IV. — ***Rupture des fiançailles.*** — Les fiançailles sont rompues quand les parties ont résolu, d'un commun accord de briser un lien qui leur pèse et qui, d'ailleurs, n'est pas définitif. Elles le sont tacitement quand, au jour fixé, l'un

(1) Le fiancé procède à l'avertissement en usant d'une longue procédure décrite dans les *Gragas*. Festa-Thattr, t. 36, p. 353 et 313.

(2) Dans l'ancien droit islandais, en effet, la prise de possession n'est pas nécessaire pour la constitution du gage. Il suffit, et c'est le cas pour les fiançailles, que le contrat soit passé en présence de témoins.

(3) Beauchet, p. 85.

des futurs époux ou tous deux ne se sont pas rendus à l'endroit désigné pour la noce ou bien encore si, à défaut de date précisée à l'avance, un délai de douze mois s'est écoulé sans que le mariage soit intervenu (1). Les fiançailles tombent aussi dans les hypothèses suivantes : l'un des contractants est accusé d'un crime puni de la mise hors la loi (2) ou atteint d'une maladie d'une certaine durée. Un empêchement au mariage est signalé résultant de la parenté à un degré trop rapproché pour qu'il soit possible d'obtenir une dispense.

Ces causes de rupture sont communes aux deux parties; en voici d'autres qui sont spéciales au fiancé : la grossesse de la femme, sauf quand il en est l'auteur; la découverte chez la jeune fille déclarée « *integra* » de vices cachés qui en auraient diminué la valeur vénale si elle eut été esclave. Il importe, toutefois, de s'assurer qu'ils sont absolument incurables; aussi, si la fiancée a moins de seize ans, on attendra jusqu'à cet âge afin d'être bien certain que les défauts dont elle est affectée ne disparaîtront pas.

Disons, avant de terminer, que lorsque la rupture des fiançailles n'est pas fondée, elle fait, en principe, encourir une peine au coupable ou, tout au moins, entraîne contre lui de graves conséquences pécuniaires (3).

---

(1) Festa-Thattr C. 54, p. 378.

(2) « *Si ille illave tali insimulatur crimine ut aqua et igni interdicendi sint, hoc matrimonium impediatur.* » Festa-Thattr, t. VI. p. 311.

(3) Beauchet, p. 86. Nous aurions désiré donner en note les différents textes sur lesquels s'appuient les solutions que nous rapportons. Leur longueur exagérée ne nous l'a pas permis. On les trouvera tous, d'ailleurs, dans le savant article de M. Beauchet.

CHAPITRE IV

LES FIANÇAILLES CANONIQUES

Dès le début, il importe de dire comment, dans l'ancienne France, le droit canonique eut à s'occuper du mariage et, par contre-coup, des fiançailles.

Au commencement de son histoire, l'Église, ainsi que toute puissance nouvelle, eut un rôle assez effacé. Sa voix était encore trop faible pour sortir des catacombes. Installée d'abord dans l'empire romain, puis, dans les monarchies barbares qui, plus tard, l'envahirent, elle reconnaissait volontiers que le mariage est, avant tout, un contrat de pur droit civil qui ne lui appartenait pas. Il est pleinement valable par le simple consentement que, seule, l'affection conjugale distingue (1).

Toutefois, si l'Église, à ses origines, n'avait pu faire du mariage sa chose propre, du moins l'examinait-elle de très près au point de vue exclusivement religieux, car Jésus-Christ l'avait élevé à la dignité de sacrement. C'était, d'après elle, un devoir pieux pour les époux d'appeler le prêtre qui, en bénissant leur convention, la rendait plus sainte. Quand les fidèles n'obéissaient pas à cet usage qu'on leur représentait comme agréable à Dieu, ils étaient frappés de pénitences religieuses. L'Église n'allait et ne pouvait aller au delà. En dehors de l'action disciplinaire exercée contre les chrétiens qui s'étaient mariés sans observer ses prescrip-

(1) « L'intervention du prêtre, comme le dit Tertullien, avait pour but de faire ratifier par Dieu l'union formée sous de saints auspices et de répandre sur les nouveaux mariés des grâces particulières. Mais l'Église n'attachait aucune autre importance à cette solennité au point de lui faire influer sur la nature même du mariage et d'en faire dépendre la validité du bien conjugal. » Beauchet, *Etude sur les formes de la célébration du mariage*. Rev. His. (1882) p. 372.

tions, le principe demeurait intact qu'il est du seul ressort de la loi séculière d'annuler les mariages contractés en violation des lois de l'État (1).

Un jour arriva cependant où, devenue plus forte, l'Église comprit qu'elle ne pourrait remplir la mission qu'elle s'était assignée si elle se bornait à ne gouverner que les consciences. Pour réaliser ses fins, il lui fallait de plus régner sur les Empires.

Avec vigueur, elle se met à l'œuvre. Sans rien brusquer, elle s'insinue adroitement dans la société civile. Les idées nouvelles s'infiltrent peu à peu dans les législations séculières. Sous leur influence, Justinien teinte de religion le droit matrimonial byzantin (2); la loi wisigothique s'imprègne d'un parfum d'église très nettement accusé et les Capitulaires, enfin, ne font plus guère qu'enregistrer les décisions des Pères et des Conciles (3). La doctrine canonique sur le mariage y transpire à chaque ligne; on l'y entrevoit comme on devine la présence du corps sous le drap qui l'enveloppe...

Jusqu'ici, l'Église n'avait triomphé qu'en empruntant le secours et l'appui du pouvoir laïque, derrière lequel elle s'abritait pour commander. La victoire n'était pas encore assez complète. — Elle le devint aux alentours du x^e^ siècle (4). A cette époque, où la foi s'étale en pleine obscurité intellectuelle, l'esprit des populations est sincèrement religieux. D'autre part, le pouvoir royal s'atrophie de jour en jour; son autorité se désagrège, il n'est plus assez robuste pour combattre l'anarchie d'où sortira bientôt la féodalité. L'Église, avec son habileté coutumière, profite jusqu'à l'abus de cette situation si propice à ses desseins. Elle est, alors, l'unique organisme bien ordonné et, au milieu de

(1) Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, t. 1, p. 13.

(2) V. Troplong. *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains* (3^e^ éd. Paris. 1868) p. 111 et s.

(3) V. Glasson, *Histoire du droit et des institutions*, t. III, p. 16 et 17.

(4) Pour la date approximative voy. Salvioli, *la Giurisdizione matrimoniale* (Modena, 1884) p. 141; Esmein, *op. cit*, t. I, p. 25.

l'ignorance générale, elle représente la science ; aussi a-t-on recours à l'évêque ou plutôt à son délégué, l'*Official* (1), pour trancher les différends matrimoniaux toujours très délicats. — Le droit de juridiction ne va pas, le plus souvent, sans celui de légiférer. L'Église, ici encore, triomphe, et le droit canonique, supplantant dans notre pays la législation séculière, y pousse de très profondes racines (2).

Ce plein pouvoir ne dura pas.

Au XVI^e^ siècle, un énergique reflux se produit (3). Le législateur civil, fatigué d'un état de choses injurieux pour lui, réclame ses droits et prérogatives. Les Ordonnances, Édits et Déclarations de nos rois s'accumulent, réglementant le mariage sur tous les points principaux. En même temps, un long travail doctrinal et jurisprudentiel s'élabore au profit des Parlements. Sérieusement concurrencée par eux, la compétence des *Officialités* s'effrite et finit par s'effondrer. L'examen de la validité des *sponsalia* est une des toutes dernières matières dont, à la veille de la Révolution, elles continuent à connaître.

Et c'est pourquoi, si nous ne voulons pas laisser de lacune dans l'histoire des fiançailles, il nous les faut étudier à l'époque où, devant les tribunaux ecclésiastiques, elles ne relèvent que des Décrétales (4).

Le droit canonique matrimonial s'inspire d'idées élevées. Sans parler de la nouveauté féconde qu'enseignait l'Église

(1) Sur les Officialités, voy. P. Fournier, *Les Officialités au moyen âge* (Paris, 1880) chap. I^er^, p. 1 et s.

(2) L'Église ne connaît plus de bornes. Elle fait main basse sur l'enseignement. A l'Université de Paris, depuis 1220, sur l'ordre du pape Honorius III, on n'enseigne plus officiellement le droit romain, mais seulement le droit canon.

(3) Déjà auparavant, l'État avait protesté. Ses revendications ne furent pas écoutées ; Voy. : 1° sous Philippe de Valois, en 1329, *la dispute de Vincennes*, entre Pierre de Cugnères, avocat du roi et Pierre Bertrand, évêque d'Autun, défenseur des entreprises ecclésiastiques ; — 2° sous Charles V, le *songe du Verger*, où un clerc et un chevalier discutent les droits comparés de l'Église et ceux de la société civile.

(4) C'est surtout le droit canonique du XII^e^ siècle que nous étudierons. A cette époque, deux ouvrages fondamentaux apparaissent : Les *Libri Senten-*

en proclamant l'égalité de l'homme et de la femme (1), ce fut une grande conception de tenter, après l'invasion, le mélange et la fusion intime des races diverses qui s'étaient établies en Gaule. Dans ce but, l'Église formula un système de prohibitions fort étendues, à raison de la parenté et de l'affinité (2). D'ailleurs, aux yeux des canonistes, le mariage n'est pas seulement institué pour la procréation de l'espèce ; il doit encore développer parmi les hommes, par la parenté et l'alliance, les sentiments de charité et d'amour (3). Or, ce résultat n'est pleinement atteint que si le lien du mariage vient unir deux personnes ou plutôt deux familles jusque là tout à fait étrangères l'une à l'autre. Entre parents ou alliés, au contraire, il y aurait, semble-t-il, double emploi.

SECTION I. — DES FIANÇAILLES

§ I. — ***But et utilité des fiançailles.*** — De même, lors de l'apogée de la puissance ecclésiastique, les fiançailles, que l'Église trouvait mentionnées dans les *Écritures* (4), répondaient à de sérieux besoins et tendaient à la réalisation de vues généreuses et bienfaisantes.

« Les fiançailles avaient un rôle important dans un milieu où, dit M. Esmein, l'individu n'était pas complètement

---

tiarum de Pierre Lombard et surtout la *Concordia discordantium canonum* de Gratien. Le véritable droit canonique, débarrassé de ses langes, existe désormais. Les papes, de leur côté, légifèrent abondamment, du XII^e^ au XVI^e^ siècle, et donnent au *Corpus juris* une ampleur considérable d'une grande valeur scientifique et doctrinale.

Après le Concile de Trente (XVI^e^ siècle), les fiançailles commencent à diminuer d'importance et perdent déjà une bonne partie de leur originalité primitive.

(1) « Apud nos quod non licet feminis æque non licet viris et eadem servitus pari conditione censetur. » Saint Jérôme, cité par Léon XIII dans son Encyclique du 10 février 1880.

(2) La prohibition atteignait le septième degré de computation canonique ; mais il faut tenir compte des dispenses que l'on obtenait, moyennant finances, avec beaucoup de bienveillance.

(3) « Copulatio maris et feminæ, quantum attinet ad genus mortalium, quoddam seminarium est charitatis. » Gratien.

(4) Dans la *Genèse* notamment et le *livre de Tobie*.

émancipé et placé sous la protection de l'État ; à une époque où le mariage était une alliance entre deux groupes plutôt qu'une union entre deux personnes et servait souvent à ramener la paix entre les membres de communautés différentes longtemps troublées par les haines tenaces. Il fallait tout faire pour rétablir la concorde et favoriser d'heureux rapprochements ; les alliances, dont l'importance sociale était si grande, étaient sérieusement délibérées à l'avance et arrêtées par un traité préalable qui n'était autre chose que les fiançailles. » (1)

Les Romains avaient connu et réglementé les *sponsalia*. Les coutumes germaniques faisaient de la *desponsatio* une condition essentielle de la validité du mariage. Rien d'étonnant, dès lors, que, sous ces diverses influences, Décrétales et Conciles aient pris les fiançailles en sérieuse considération et les aient minutieusement étudiées.

D'ailleurs, le mariage est indissoluble et les canonistes disaient vrai en soutenant qu'on ne saurait trop réfléchir et méditer sur les obligations nombreuses qui résultent de cet état, en principe, indélébile (2). Les fiançailles évitent des unions trop hâtives et rendent les parties mieux disposées à recevoir les grâces que confère le mariage. Enfin, par suite de la publicité matérielle dont elles sont, le plus souvent, entourées, elles ont, au surplus, cette utilité grande de permettre de découvrir s'il n'existe pas d'empêchement au mariage (3).

§ II. — ***Formation des sponsalia.*** — Dans la théorie de **Gratien,** pour qu'il y ait mariage véritable, il faut que la *copula carnalis* ait existé entre les deux époux, car ce n'est qu'à ce moment précis que le mariage représente bien le

(1) Esmein, *op. cit.* t. I, p. 102.

(2) Saint Augustin, cité par Pothier (n° 26, *op. cit.*) « Constitutum est ut jam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam quam non suspiraverit sponsus dilatam. »

(3) A l'époque surtout où l'on ne connaissait pas les publications de bans. Voy. Lœning *op. cit.* II p. 572.

symbole du Christ, revêtant la nature humaine pour s'unir matériellement avec l'Église (1). Dans cette doctrine, reproduite par Paucapalea et adoptée par l'école de Bologne, les fiançailles se distinguent très nettement du mariage et, pour Gratien, les fiancés ne sont pas encore des époux (2).

D'après **Pierre Lombard,** au contraire, le seul élément nécessaire pour la formation du mariage entre personnes capables, c'est le consentement exprimé par paroles ou équipollents (3). Pas besoin de *coïtus*. Le mariage consenti, quoique non consommé, est parfait. Celui de Saint Joseph et de la Vierge n'a jamais été autre chose et ce serait pourtant un sacrilège de douter de son existence ou de sa validité (4).

Cette théorie, qui fut celle de l'Église gallicane, laissait

---

(1) Cette doctrine s'appuie surtout sur un texte attribué à tort à Saint Augustin et reproduit au Décret de Gratien (CXVI, Caus. XXVII, questio 2). « Non est dubium illam mulierem non pertinere ad matrimonium cum qua commixtio sexus non docetur fuisse. » D'un fragment de l'*Épître de Saint Léon à Rusticus*, cité par Esmein et commenté par lui *(op. cit.* t. I, p. 98), il résulte que « celle-là n'est point une femme mariée, pour laquelle n'est pas intervenu le mystère nuptial. » Enfin, à la Caus. XXVII, (questio 2) du Décret de Gratien est ajoutée une *palea*, contenant une Décrétale apocryphe (CXVIII), ou on lit : « propinquitas enim sanguinis verbis dicitur, non verbis efficitur, sed neque osculum parit propinquitatem quod nullam facit sanguinis commixtionem. »

(2) La doctrine italienne ne fut pas admise sans résistance. Voy. *Glose du Décret*, IIme partie *Canon* 27, question 2, *Canon si quis desponsaverit*, où on rapporte qu'Hug. c'est-à-dire Huguccio de Pise, pensait que les fiançailles sans *copula* empêchaient le mariage en créant la parenté entre le fiancé et les *consanguinei* de l'autre.

(3) *Sentences*. lib. IV, D, XXVII. C. D; « sufficiens autem causa matrimonii est **consensus** ». — *Sent*. Lib. IV, D, XXVIII, E, « Ex his evidenter insinuatur quod ex tempore quo intercedit consensus voluntarius ac maritalis, qui *solus* conjugium facit, *veri sunt conjuges sponsus et sponsa*. » Lombard s'inspire évidemment de la maxime romaine : nuptias *consensus*, non concubitus, facit.

(4) *Sentences*. lib. IV, D, XXVI, C. D. « Inter Mariam et Joseph non fuisse conjugium vel non fuisse perfectum... nefas est sentire. » — « On dit, expose Lombard, que le mariage n'est élevé à la dignité de sacrement que, lorsque par l'étroit rapprochement charnel et sexuel, il rappelle l'union intime et matérielle du Christ et de l'Église; mais il est une autre union plus abstraite, toute de volonté et de charité, dont le mariage consenti, mais non consommé, est l'exacte reproduction. » *Sent*. lib. IV. D. XXVI, C. D. : « Consensus conjugum copulam spiritualem Christi et Ecclesiæ, quæ fit per caritatem, significat. »

assez indécise la ligne de démarcation entre le mariage et les fiançailles. Aussi, pour supprimer toute équivoque, Lombard, avec soin, distinguait deux espèces de *sponsalia* (1). Les premières renferment le consentement actuel des parties de se prendre tout de suite pour époux ; c'est la *pactio conjugalis*, le mariage proprement dit : les ***sponsalia de præsenti;*** les secondes expriment simplement la promesse réciproque de contracter plus tard, dans un avenir plus ou moins éloigné, le mariage projeté ; elles constituent les fiançailles, mais non le mariage lui-même dont elles n'apparaissent que comme le prélude ; ce sont les ***sponsalia de futuro.***

Les Docteurs, après avoir hésité entre les deux thèses en présence, sans répudier en bloc toutes les conséquences de l'École bolonaise, adoptèrent, dans son principe, la théorie de Lombard, et consacrèrent la distinction de deux espèces de *sponsalia* que le pape Alexandre III, au XII^e^ siècle, adopta dans une série de Décrétales (2). Le mariage est parfait *solo consensu, quia contractus jam perfectus est per solum consensum* (3). Entre les fiançailles et le mariage, il n'y a plus d'autre différence que celle-ci : L'exécution du contrat, immédiate dans un cas, est ajournée dans l'autre.

Les sponsalia per *verba de præsenti* ou *de futuro* étaient valables dès que, sans ambages, l'échange des volontés s'était manifesté. On n'exigeait aucune solennité et la bénédiction nuptiale n'était pas obligatoirement requise.

Sans doute, l'Église, dès la plus haute antiquité, avait blâmé de pareilles pratiques ; elle recommandait aux fidèles

---

(1) *Sentences*, lib. IV, D., XXVII. I. « Fit aliquando *desponsatio*, ubi est compromissio viri et mulieris de contrahendo matrimonio : non est ibi *consensus de præsenti*. Est et desponsatio habens consensum de præsenti, id est pactionem conjugalem, quæ sola facit conjugium. In illa ergo desponsatione ubi est *pollicitatio* contrahendi matrimonium, **sponsi tantum et sponsæ fiunt, non conjuges**... *In ea vero desponsatione ubi est consensus de præsenti conjugium contrahitur; ab illius desponsatione prima fide veri conjuges appelantur.* »

(2) C. III, X. *De Sponsa duorum* (IV, 4) ; C. II, X, *De Matrimonio contracto contra Interdictum Ecclesiæ* (IV, 16).

(3) Glose sur Can. V, X. *De Sponsa duorum*, IV, 4.

de soumettre à l'autorité religieuse leurs mariages projetés et les engageait à contracter leurs unions *in facie Ecclesiæ* Les formalités variaient avec les diocèses; après annonce publique des promesses au moyen des *denunciationes* ou *banni* (1), le plus souvent, les fiancés se rendaient devant un curé qui, procédant d'après le rituel romain, examinait les futurs époux, c'est-à-dire s'assurait s'ils possédaient des notions religieuses assez étendues pour donner à leurs enfants à venir une morale solide et une pieuse éducation chrétienne (2). Puis, quand le jour du mariage était arrivé, les fiancés se rencontraient devant les portes de l'église. Ils étaient interrogés par le prêtre qui leur demandait s'ils consentaient à se prendre pour mari et femme; et, sur leur réponse affirmative, il leur donnait sa bénédiction (3).

Ce n'étaient là que des usages dont la violation pouvait, à la vérité, constituer un pêché, une contravention religieuse punie de peines canoniques, mais non de la nullité de l'acte (4). Aucune sanction pénale ou civile n'existait pour obliger les parties à solenniser leur union, et, pendant longtemps, l'Église reconnut la pleine validité des *mariages clandestins*.

Il convient d'ajouter que les efforts tentés pour les

(1) Généralisés par le 4e Concile de Latran, en 1215, d'ailleurs mal observé. — Sous les Carolingiens, divers Capitulaires avaient conseillé l'assistance du prêtre et l'intervention d'une cérémonie religieuse; mais *la clandestinité* n'avait jamais été sanctionnée par la nullité du mariage; de même une décision de l'archevêque de Tours de 858 invitait les fidèles à recourir à la bénédiction ecclésiastique *ut sponsus et sponsa precibus et oblationibus a sacerdote benedicantur*. Labbe, XI, 276, C. Voir aussi canon 69 du Concile de Bayeux, tenu en 1300, *Recueil général des actes, titres, mémoires, concernant les affaires du clergé de France*, v. col. 646.

(2) Wetzer et Welte, *Dictionnaire encyclopédique de la théologie catholique*, trad. Groschler (Paris, 1860) t. VIII, p. 496. Les fiançailles solennelles se pratiquaient dans les diocèses de Paris, d'Orléans, Chartres, Reims et autres; les fiançailles simples étaient usitées surtout en Languedoc et en Provence, Durand de Maillane, *Rep de Drt can*, v° *Formes des fiançailles*.

(3) Hostiensis, *Summa, De Matr.* p. 356; Panormitanus, sur C. XXVIII, X; IV, 1: « Nota quod sponsus et sponsa benedicuntur ante fores Ecclesiæ... Hæc sunt tamen de solemnitate *et non de substantia matrimonii*. »

(4) Panormitanus, sur C. I, X. IV, 3 : *Clandestinitas non vitiat matrimonium*, solus ergo contrahentium consensus sufficit ad matrimonium, licet clam præstitus, quanquam peccent sic clandestine contrahentes.

proscrire furent, à plusieurs reprises, renouvelés, mais, en somme, l'état du droit ne varia pas jusqu'au Concile de Trente. Le mariage consensuel ressemble de trop près au concubinat, qui n'en est que la contrefaçon. Il paraissait d'autant plus dangereux que le droit canonique autorisait l'enfant, dès sa puberté, à se marier sans le consentement de ses parents. Ne devait-on pas essayer de désigner les unions régulières par quelque signe extérieur qui en révélerait à tous le véritable caractère? Ne convenait-il pas, pour donner au mariage toute sa dignité, de le rehausser par une cérémonie qui lui assurerait une publicité désirable ?

C'est ce que fit le Concile de Trente. Le mariage doit être célébré en présence du curé *(parochus)* et de deux ou trois témoins. Ce sont là, désormais, des formalités essentielles; tout mariage autrement contracté est nul. La *clandestinitas* devient un empêchement dirimant (1).

Quant aux fiançailles, avant comme après le Concile, elles gardent leur caractère purement consensuel. Aucune condition de forme ou de publicité n'est exigée. Sans doute, les jeunes gens confiaient parfois au prêtre leurs engagements réciproques et participaient volontiers, le jour des accordailles, aux fêtes populaires (2), d'un symbolisme aimable et

(1) C. 1 (Schulte et Richter, p. 217). « Qui aliter quam præsente parocho..... et duobus vel tribus matrimonium contrahere attentabunt, eos, sanctus Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et *nullos esse decernit.....* »

(2) Ces usages, épaves du vieux formalisme germanique, variaient suivant les régions; en Basse Normandie, la fiancée déposait sur l'autel une quenouille ornée de fleurs; à Castres, on réunissait sous un même joug le cou des fiancés. Pour plus de détails, voir Alfred de Nore, *Coutumes, mythes et traditions des provinces de France* (Paris et Lyon, 1846) p. 90 et 135. *Adde :* Michelet, *Origines*, p. 31 : « D'après le registre de l'Officialité de Troyes, voici quel était le cérémonial consacré pour les fiançailles : en général, le fiancé manifestait le premier sa volonté et remettait un objet quelconque à celle dont il voulait faire sa fiancée : celle-ci l'acceptait en répondant au fiancé dans les termes mêmes dont il s'était servi. D'ordinaire, ils se formulaient ainsi : « *Je vous promets de vous prendre en mariage et que, tant que je vive, je n'aurai d'autre en mariage que vous.* » Souvent on ajoutait : « *Dieu et Sainte Eglise s'y accordent.* » L'objet remis en même temps variait (anneau, gobelet, baguette d'argent, image de Notre-Dame, fruit, gâteau, fleur de glaïeul, pièce de monnaie, etc.). Aucune de ces formes n'était requise par

gracieux, qu'on organisait en leur honneur; mais il n'y avait dans tout cela que traditions et usages dont la méconnaissance n'influait en rien sur la validité du contrat intervenu.

§ III. — ***Conditions de validité des fiançailles.*** — Le consentement tout nu suffit; mais il est indispensable. En son absence, il n'y a pas de fiançailles, et, s'il est entaché de violence ou d'erreur, la convention est annulable. Il est inutile d'ajouter que le contrat, étant synallagmatique, les consentements doivent être réciproques, la *desponsatio* de l'une des parties servant de cause et de support à celle de l'autre (1). Enfin, nous savons que, malgré les Conciles de Latran, en 1225, et de Trente, au XVI^e^ siècle, qui avaient recommandé l'observation des bans, ces publications n'étaient pas nécessaires à la validité des fiançailles.

A quel âge peut-on s'engager ? Yves de Chartres dit que les canons n'ont pas prévu la question. Invoquant un texte du Digeste (2), il indique la septième année. On sait que la doctrine romaine estimait qu'à cet âge, — *legitima ætas,* — la raison s'est déjà suffisamment éveillée chez l'enfant pour le diriger, avec utilité, dans les divers actes de sa vie (3).

L'âge est un peu tendre et la capacité prématurée; mais il faut se souvenir du but social et de l'importance familiale

---

la jurisprudence des Officialités pour la formation des fiançailles; le consentement suffisait; c'était la conscience populaire, et non celle des juristes, qui attachait un grand prix à l'emploi de ce formalisme. »

(1) Les *Saints Décrets* donnaient cette définition des fiançailles : « *futuri matrimonii invicem promissio* », et Sanchez disait qu'elles rentraient dans la catégorie des contrats innommés : *Facio ut facias*. *De Sponsalibus,* Disputatio 2.

(2) L. 14. D. *De Sp.* XXIII, 1.

(3) « In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est ut in matrimoniis, quapropter a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligitur, id est si non sint minores *quam septem annis.* » Epitre XCIX, p. 191. — Les théologiens ajoutent, qu'à sept ans, l'intelligence de l'enfant est assez développée pour qu'on puisse le déclarer coupable d'un péché mortel. *Décrétale de Grégoire IX,* liv. IV, tit. II, cap. 5. D'ailleurs, avant l'âge de sept ans, la *desponsatio* n'était pas inexistante, — comme on aurait pu s'y attendre, — mais simplement annulable et, dès lors, susceptible de ratification expresse ou tacite, Panormitanus sur *Can* X, X. *De Desp. impub.,* IV, 2.

des fiançailles au moyen âge. Le mariage est alors, nous l'avons dit, bien plus une alliance entre deux groupes, destinée à faire cesser un état d'hostilité, qu'une union entre deux personnes, déterminée par des sentiments de pure psychologie ou des attirances intimes. Aussi était-il parfois urgent, dans l'intérêt de tous, de recourir à des fiançailles bien avant l'époque encore éloignée où, la puberté advenant, le mariage, gage de paix ou rançon de la lutte (1), serait physiologiquement réalisable.

L'avantage était grand et sans danger pour les fiancés. Consenties par des enfants de sept ans, les fiançailles ne liaient qu'assez faiblement de si jeunes futurs époux. Parvenus à l'adolescence, ils pouvaient se dégager sans motifs (2). Le contrat était résilié et, dans le naufrage des conséquences qu'il avait produites, n'en surnageait qu'une seule : *l'impedimentum publicæ honestatis* (3) que nous étudierons plus loin.

Mais les fiançailles étaient définitives quand elles intervenaient après la puberté, alors même que l'assentiment paternel n'avait pas été donné (4). En effet, sauf Gratien et Paucapalea, les docteurs ont toujours enseigné que le mariage est complètement affranchi de la puissance familiale. Lombard, ici encore, l'emporte sur Gratien. Dans ses *Sentences* (5), il pose en principe que l'autorisation du

---

(1) « Præterea sunt etiam aliæ honestæ causæ (conjugii)..... velut *inimicorum reconciliatio* et *pacis reintegratio* », Paucapalea, *Summa*, Ed. Schulte, p. 111. *Idem*, p. 115. — « Præterea sunt alia conjugii..... aliquando pax inter homines sibi prius *hostiliter adversantes*. »

(2) Si l'un des fiancés était impubère et l'autre non, ce dernier était définitivement engagé et se trouvait à la merci de l'autre qui, devenu pubère, pouvait rompre arbitrairement. « *Contractus claudicat* », dit Panormitanus sur C. VII, X, IV, 2.

(3) Hostiensis, *Summa*, p. 351 : « Post pubertatem, si non sequentur sponsalia, adolescens multas amisit uxores et puella multos viros, *cum hinc inde tota consaguinitas denegetur*. »

(4) Panormitanus, sur C. XIII, X. *De Sp.*, IV, 1. « De jure canonico *tenent* sponsalia contracta per puellam etiam illicito amore ductam, *parentibus ignorantibus* : ad substantiam ergo matrimonii de jure canonico non requiritur quod filius contrahat *de consensu vel scientia patris*. »

(5) *Sententiæ*, IV, D, XXVIII, B.

pouvoir domestique n'est jamais requise à peine de nullité du mariage ou des fiançailles. Se ranger à l'avis des ascendants, c'est là un acte de soumission et de respect qui donnera au mariage toute la décence et la dignité convenables; mais il n'est nullement indispensable. Pour justifier la solution, les analogies ne manquaient pas aux casuistes. En sa qualité de chose spirituelle, le mariage échappe, *jure canonico*, à la puissance paternelle. La liberté des âmes doit être entière et sans limites. L'enfant pubère ne peut-il s'obliger par serment (1) ou entrer en religion (2), sans qu'il lui soit besoin de rapporter un consentement autre que le sien propre? Ne peut-il se donner en esclavage, sans autorisation? (3) Le mariage, d'ailleurs, est un sacrement; il importe d'en faciliter l'admission et de permettre, en conséquence, les fiançailles avec une très grande libéralité (4).

Pour nous, la vraie raison de ces dispositions si bienveillantes nous paraît résider surtout dans la faveur du mariage que la discipline ecclésiastique a toujours tenue pour un dogme fondamental. Le mariage, *medicina a Deo instituta* (5), est le remède nécessaire à la concupiscence; on doit donc l'administrer à tous ceux qui ne se sentent pas d'un ascétisme assez robuste pour s'élever, sans faiblir, jusqu'à l'état supérieur de virginité et de continence que l'Église impose à ses ministres, non comme un sacrifice, mais comme une situation enviable qui leur permettra, leur chair domptée, de s'abandonner tout entiers, devant l'autel, aux pures jouissances spirituelles. — C'est là un grand honneur réservé à de rares privilégiés. Tous ceux qui vivent en dehors du sacerdoce doivent être incités au mariage légi-

(1) C. XIV, XV, C. XXII, quœst 2.

(2) Glose sur le Canon II du Concile de Tibur. N'y a-t-il pas analogie entre le *matrimonium carnale* et le *matrimonium spirituale?*

(3) Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 435.

(4) Esmein. *op. cit.* p. 159 et 160, t. 1.

(5) « Concupiscentiæ morbo... *medicina a Deo instituta* », Sanchez, *De Matr.* Lib VII, disp. VI, nos 1 et 13.

time (1) et voilà pourquoi, en notre matière, on a affaibli à l'excès et jusqu'à la briser l'autorité paternelle.

Malgré divers projets de réforme, le Concile de Trente ne modifia pas cet état du droit (2).

Ne croyons pas, néanmoins, que le pouvoir familial ait complètement sombré dans cet élan matrimonial. Tout au contraire, le père conserva des prérogatives importantes. Toujours, par faveur pour le mariage, on admettait qu'il lui appartenait de parler au nom de ses enfants et de les fiancer sans mandat de leur part (3). Au début, ces fiançailles eurent même un caractère définitif (4). « Lorsque deux familles, dit M. Esmein, faisant la paix, fiançaient ensemble, comme gage de réconciliation, deux enfants en bas âge, il était utile que ce qu'elles avaient fait fût sérieux, ferme et solide. On ne devait point permettre au caprice des enfants, devenus adultes, de se manifester et de troubler par un refus l'harmonie péniblement établie. » (5)

Mais, au XI^e^ siècle, Yves de Chartres enseignait que, pour le maintien de pareilles fiançailles, la ratification des enfants était requise (6). Gratien soutenait la même doctrine (7). Dans des développements un peu confus, Paucapalea s'écartait ici de son maître (8). Son sentiment resta isolé et

(1) Saint Paul (I. Corinth. VI, 2 et 9) « Propter fornicationem unusquique suam uxorem habeat, et unaquæque suum virum habeat... Quod si non se continent, nubant. *Melius est enim nubere quam uri.* »

(2) Un projet de Décret, soumis aux Pères du Concile, déclarait sans valeur les fiançailles des fils de famille contractées *sine consensu parentum;* mais la proposition fut rejetée; tout en réprouvant de pareilles fiançailles, on en proclama l'absolue validité.

(3) Glose sur C. 1 C. XXX, qu. 2. V° Nihil « *In matrimonio speciale est quod alienum factum potest promitti;* nec sunt (parentes) rei perjurii licet filii non contrahant. »

(4) Tout au moins pour les impubères, C. II, C. XXXI, Qu. 2 « Potest autem de filio nondum adulto, voluntas cujus nondum discerneri potest, cui vult in matrimonium tradere; et postquam filius pervenerit ad perfectam ætatem, *omnino observare et adimplere debet.* »

(5) Esmein, *op. cit.*, t. I p. 161 et 162.

(6) Ep. CCXXXIV (p. 237).

(7) C. XXX qu. 2 et C. un. CXXX qu. 2.

(8) *Summa.* Ed. Schulte, p. 121.

ce fut une règle bien établie que les droits du *paterfamilias* ne sont pas assez forts pour lui permettre de négocier le futur mariage de ses enfants par dessus la tête de ceux-ci. Leur acquiescement exprès ou tacite était exigé à peine de nullité des arrangements conclus en leur absence.

§ IV. — *Effets légaux des* **sponsalia de futuro.** — « Le premier effet des *sponsalia de futuro*, c'est l'obligation d'épouser le fiancé à qui on a engagé sa foi. Elle se fonde sur le droit naturel et civil qui ne permet pas de se rétracter au préjudice d'une autre de la parole qu'on lui a donnée avec connaissance de cause et dans une entière liberté. » (1)

Chaque fiancé avait le droit de demander en justice (2) que son *sponsus* lui fût adjugé (3); mais il est évident que, pour vaincre les résistances, on ne disposait que de moyens de contrainte indirects.

Certains canonistes se contentaient de simples exhortations (4); d'autres, indulgents pour les fiançailles non confirmées par serment, prétendaient que, seules, les fiançailles jurées autorisaient l'emploi de mesures coercitives (5). Le Père Enriquez, sans distinguer, menaçait de la prison le fiancé récalcitrant. Mais la plupart des docteurs tenaient pour maxime que le refus d'exécution des *sponsalia* ne donnait lieu qu'à des peines ecclésiastiques (6).

De plus, l'obligation résultant du contrat, engendrait un empêchement d'abord dirimant, puis prohibitif au mariage

---

(1) Durand de Maillane, *op. cit.* § 3.

(2) Panormitanus sur C. x n° 5 x. *De Spons.* IV, I. — « Nota quod si alter ex sponsis non vult perficere matrimonium, *potest, ad petitionem alterius, compelli per judicem.* »

(3) *Liber practicus de consuetudine Remensi*, n° 149. p. 147 : « Quidam petebat quamdam sibi adjudicari in sponsam... et petebat eam compelli, ut cum eo matrimonium contraheret. »

(4) C. XVII, X. *De Spons.*, IV, 1... « Matrimonia *monenda* est potius quam *cogenda*, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere. »

(5) Hostiensis, *Summa*, *De Sp.* p. 342.

(6) Covarruvias, *Opera*, I p. 119 : « Ecclesia ergo id statuit ut sponsi admonerentur ac censuris ecclesiasticis cogerentur, promissum conjugalem consensum præstare. »

que le fiancé infidèle aurait voulu contracter avec une personne autre que celle par lui délaissée (1).

Le second effet des fiançailles consiste dans la création d'un empêchement dirimant qui s'oppose à tout mariage de l'un des fiancés avec les parents de l'autre (2). Non pas que les *sponsalia* produisent l'affinité ; elle est impossible sans *l'unitas carnis*. La raison extralégale de notre empêchement nous est donnée par Saint Thomas (3) ; c'est la *publica honestas* que les lois romaines avaient, elles aussi, invoquée (4). La sévérité des théologiens s'inspire ici de sentiments de décence raffinée et de haute moralité.

Mais, dans cette voie, on s'égara. Les scrupules furent poussés trop loin. Les textes primitifs, dans leur rédaction absorbante, édictaient des prohibitions sans limites ; une réaction se produisit et *l'impedimentum* fut restreint d'abord au degré où le mariage était interdit entre parents (5). Après le Concile de Trente, l'empêchement, encore moins étendu, n'entrava plus que l'union entre le fiancé et les parents, au premier degré, de l'autre (6).

L'empêchement, ainsi défini, était perpétuel, il survivait à la dissolution des *sponsalia*. De même il résistait à leur nullité, sauf quand elle provenait du défaut de consentement (7). Dans ce dernier cas, le contrat étant inexistant,

---

(1) Le *Registre de l'Officialité de l'abbaye de Cerisy* contient un nombre assez considérable d'oppositions formées, de ce chef, par le fiancé délaissé au mariage que son ex-fiancé voudrait contracter avec une tierce personne. (N^{os} 8, 6, 10. b ; 35, 50, b.)

(2) Le texte le plus ancien qui édicte cet empêchement est un Canon du Concile de Tribur, tenu en 896.

(3) « Quia scilicet talis propinquitas de Ecclesia instituta *est propter honestatem*, » *Summa*, suppl. Qu. 55. art. 34. — « Hoc impedimentum non causatur ex consanguinitate ne ex affinitate;... fuit inductum... ab Ecclesia *propter honestatem*. » Panormitanus sur C. II, X. *De Spons*, IV, 1.

(4) L. 12, p. D. *De Ritu nupt.* ; l. 42. p. *ibid* : « Semper in conjunctionibus non solum quod licet considerandum est, *sed et quid honestum est*. »

(5) C'est-à-dire le quatrième degré (Panormitanus sur C. VIII. X, IV, 1), depuis le Concile de Latran (1215) sous Innocent III ; auparavant, en ligne collatérale, la parenté et l'alliance empêchaient le mariage jusqu'au septième degré.

(6) Session 24, Cap. 3. Sanchez nous donne l'énumération des parents avec qui le mariage était prohibé ; c'étaient le père, la mère, les frères, les sœurs et les enfants de l'autre fiancé. *De Sacr. Mat.*, I, VII, disp. LXIX, n° 10.

(7) C. I. VI. *De Spons.* IV. I. En cas de fiançailles conditionnelles l'empêche-

n'avait pu produire aucun effet; mais dans les autres hypothèses où il y avait simple nullité, celle-ci, après sa prononciation, n'anéantissait-elle pas rétroactivement les effets du contrat? La théorie, sur ce point, était mal équilibrée; on la justifiait par cette considération qu'il fallait obtenir, à tout prix, le respect des empêchements canoniques. L'acte, bien que nul, se survivait partiellement à lui-même, et l'on comptait sur le maintien d'effets définitifs et gênants pour obtenir des fidèles l'obéissance aux prescriptions de la loi (1).

En dépit de cette observation d'une subtilité bien affinée, les Pères du Concile de Trente décidèrent qu'à l'avenir, l'empêchement n'existerait plus, qu'autant que les fiançailles auraient été valablement contractées (2).

Ce retour aux vrais principes fut suivi d'un retour à la morale, quand le même Concile fut appelé à se prononcer sur le troisième effet produit jusqu'alors par les *sponsalia de futuro*.

La *copula carnalis*, intervenant entre les fiancés, convertissait de plein droit leurs accords préliminaires en un mariage véritable, sans qu'il fût besoin, pour cela, d'un consentement exprimé, sans qu'une volonté contraire pût écarter ce résultat obligatoire et nécessaire (3). *Quæ prius erat sponsa, in cœitu fit conjux (4).*

---

ment ne se produit pas tant que la condition est en suspens. *Sexte*. Lib. IV, titre *De sponsalibus*, § 1; mais, si les fiancés sont impubères, l'*impedimentum*, ainsi que nous l'avons déjà dit, produit ses effets, alors même que les *sponsalia* ne sont pas ratifiées. Sanchez, *De Sacr. mat.* I, VII, disp. LXX; nos 20 à 22.

(1) Sanchez, *op. cit.* lib. VII, disp. LXVIII, n° 5: « Causa quæ hujus decisionis fuit ut fraudibus obviaretur atque propelleretur iniquitas eorum qui *contra juris impedimenta* contrahere sponsalia nituntur. »

(2) L'*impedimentum* existe « dummodo *a principio* (sponsalia) valida fuerint. » Schulte et Richter, *Canones et Decreta C. Trident.*, p. 263, n° 101.

(3) Voir Esmein, *op. cit.* t. I p. 142 et 143. D'où vient cette importance accordée à la copula? « Le droit canonique, dit M. Esmein, s'étant formé, tout d'abord, sous l'influence de la pratique plutôt que de la science, a largement emprunté aux coutumes et conceptions populaires. Or, c'est surtout par son côté naturaliste que le mariage se présente aux yeux du peuple. En accueillant cette conception, le droit canonique s'est fait peuple, pour ainsi dire. » Esmein, *op. cit.* p. 83 et 84.

(4) Lombard, *Sentences*, IV, D, XXVII, H.

La doctrine de Gratien (1), qui survit ici, explique aisément cette vertu transformatrice. Le mariage est un acte en deux temps : fiançailles, *conjugium initiatum;* mariage, *conjugium ratum.* — Dès que le second terme vient se joindre au premier, seulement alors, mais forcément aussi, il y a mariage réunissant tous les éléments indispensables à son absolue validité (2). Et, dans une image d'un réalisme peut-être trop brutal, l'École de Bologne rappelle que c'est l'intime fusion des sexes qui contient, seule, le sacrement, car elle représente, sous une forme tangible, le symbole du Christ qui s'est fait chair pour s'allier avec l'Église et s'unir à l'humanité.

Mais nous savons, qu'en France, on suivait la théorie de Lombard. Le grand docteur considérait le *consensus* comme étant tout le mariage, et, dès lors, quelle explication fournir, dans son système, à la puissance mutatrice de la *copula?* Une fine casuistique eut vite raison de la difficulté. Sans doute, il y a plus dans les fiançailles que des pourparlers sans valeur; mais il n'y a pas encore une convention définitive. La volonté réciproque de se donner à jamais, ce consentement mutuel et réfléchi qui est l'essence du mariage, n'existe dans toute sa puissance qu'à la minute précise, où, dans l'étroit embrassement des corps, les deux êtres se promettent de s'appartenir pour toujours l'un à l'autre (3). Il y a là une présomption que l'Église, en son dogmatisme tranchant, affirme irréfutable et péremptoire. — C'est la théorie des *matrimonia præsumpta (4).*

---

(1) « Conjugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. »

(2) Mais il faut; pour cela, un *coïtus* intégral et une *unitas carnis* complète. Au Canon xxx, x, *De Sp.*, iv, 1., Panormitanus ajoute cette glose (n° 3) : «... Quod si sponsus defloravit sponsam, *ex quo tamen non fuit subsecuta seminis commixtio*, non est judicandum pro matrimonio. »

(3) Covarruvias, *Opera*, i. p. 120... « Ecclesia *præsumit* ex illa carnali conjunctione consensum conjugalem. »

(4) C. xxx, x, iv, 1 : « Is qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta, et si in facie Ecclesiæ ducat aliam..., ad primum redire tenetur, quia licet præsumptum primum videatur, *contra præsumptionem tamen hujusmodi non est probatio admittenda.* »

Malgré des résistances obstinées (1), la Congrégation du Concile, dans une savante interprétation, décida que la présomption serait dorénavant inopérante ; le consentement intervenu lors de l'*unitas carnis* ne s'était pas produit dans les formes exigées par le Concile (2). D'ailleurs, par suite des difficultés de la preuve, *les unions présumées*, alors très fréquentes, soulevaient des débats scandaleux (3), et, au risque d'augmenter les fornications, il valait mieux assurément les supprimer qu'autoriser quelque procédure scabreuse, analogue, tout au moins, à celle trop fameusement célèbre du Congrès (4).

§ V. — ***Dissolution des* sponsalia de futuro.** — Le mariage est indissoluble parce qu'il est un sacrement. Les fiançailles ne sont qu'un contrat et, comme telles sont résolubles dans certaines circonstances déterminées, énumérées, avec détails, par Hostiensis et Johannés Andreæ (5).

Une première cause de dissolution résulte du mutuel dissentiment. Deux volontés concourantes, s'exerçant en sens inverse, peuvent, à leur gré, délier le lien que leur réunion a librement formé. Une difficulté naissait de ce fait que les fiançailles étaient souvent accompagnées d'un serment; en violant la foi jurée, ne commettait-on pas un parjure ? Non, car il était de principe que le serment,

---

(1) Sanchez, *De Sacr. Mat.* I, III, disp. 40 n° 6.

(2) Schulte et Richter p. 226, n° 32 : « S. C. decrevit sponsalia de futuro per copulam carnalem subsecutam *minime* hodie transire in matrimonium, 15 juillet 1593. »

(3) La femme, pour établir son état de virginité, était tenue de se soumettre à des visites corporelles. Voy. Hostiensis, *Summa*, p. 355.

(4) L'épreuve du Congrès, usitée dans les procès roulant sur l'impuissance, a été décrite avec un luxe d'impudiques détails par Cabassut, *Theoria et praxis juris canonici*, t. III, cap. XXV, n° 6. On sait en quoi consistait cette épreuve. Les époux, devant des experts commis par justice, chirurgiens, médecins et matrones, devaient essayer d'accomplir l'acte sexuel. Cette procédure scandaleuse, et d'ailleurs d'un résultat incertain, fut interdite par un arrêt de Règlement du Parlement de Paris du 18 février 1677. Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 84.

(5) Hostiensis, *Summa*, p. 330; Joh Andreæ, *Summa de sponsalibus, Tractatus tractatuum*, t. IX; p. 2 et 3.

adjoint à un acte valable, empruntait la nature juridique de celui-ci, s'incorporait, en quelque sorte, avec lui, et, s'attachant à sa fortune, était soumis aux conditions particulières qui l'affectaient (1). Ainsi l'admit une Décrétale (4) et, de bonne heure, ce fut une doctrine certaine que les fiancés étaient libres de revenir, d'un commun accord, sur leurs conventions, et cela pour telles raisons qui leur agréaient et dont, en l'intime profondeur de leur conscience, ils étaient les seuls juges (2).

La rupture unilatérale était aussi possible à la suite de certains événements déterminés : 1° de nouvelles fiançailles, suivies d'un mariage contracté avec une tierce personne, résolvaient les premières (3), à charge de pénitences ou de censures ecclésiastiques infligées au fiancé volage (4); 2° l'entrée en religion ou dans les Ordres sacrés; l'état de chasteté est plus parfait, aux yeux de l'Église, que celui de mariage (5) « et, d'ailleurs, la partie abandonnée ne peut pas trouver mauvais, dit Pothier, que l'autre lui retire la foi qu'elle lui avait donnée pour l'engager à Dieu (6) »; 3° l'absence ou le grand éloignement de l'un des fiancés (7); 4° un changement important : *a)* dans l'esprit *(fornicatio*

---

(1) Esmein, *Le Serment promissoire en droit canonique*, Nouv. Rev. hist., t. XII, p. 318 et s. — « L'engagement du serment n'étant qu'accessoire à celui des promesses de mariage que les parties se sont faites, celui qui résulte des promesses, étant détruit par leur consentement mutuel, celui du serment l'est aussi de plein droit, suivant ce principe de droit : *Quæ accessorium locum obtinent, extinguuntur quum principales res peremptæ sunt.* », Pothier, *op. cit*, p. 29.

(2) C. II, X, *De Sp.*, IV, 2.

(3) « Quelque grand que soit l'engagement des fiançailles, dit Saint Antonin, cela n'empêche pas que les fiancés ne soient en droit de se relâcher mutuellement de leurs promesses et leur serment n'y met pas obstacle. » Durand de Maillane, V° *Fiançailles* (dissolution des).

(4) « Sponsalia de futuro, *etiam jurata*, solvuntur per secunda sponsalia de præsenti. » Décrétale *Grégoire IX*, liber IV, tit. I, cap. 22.

(4) Pothier ajoute que « si le fiancé, marié à une autre, devient veuf par la suite, son engagement reprend toute sa force, et qu'il peut être poursuivi en exécution des premières fiançailles, l'obstacle qui s'y opposait ayant disparu.»

(5) C'est du moins le sentiment général. Certains canonistes, notamment Panormitanus, se refusaient à voir dans le célibat l'état religieux par excellence.

(6) Pothier, *op. cit.*, page 33.

(7) C. V. X. *De Spons.*

spiritualis) (1); exemple, l'hérésie; *b*) dans les mœurs *(fornicatio carnalis)* (2); *c*) dans les biens de la fortune (3), (qu'il y ait perte, diminution ou même, — ce qui est plus étrange, — augmentation du patrimoine de l'une des parties) (4); *d*) dans les biens du corps *(si unus fiat leprosus, paralyticus, vel oculum aut nasum amittat, vel si quid turpius eveniat)* (4). En une observation de grosse psychologie pratique, Innocent III remarque que la fiancée, dont le corps est ainsi flétri, n'est plus en état de plaire à son futur « selon la fin pour laquelle Dieu permet le mariage (5) »; 5° *l'adfinitas superveniens* (6), c'est-à-dire toute circonstance de nature à créer un empêchement dirimant au mariage projeté, comme, par exemple, le commerce illicite d'un des fiancés avec un parent de l'autre; 6° en cas de fiançailles, accompagnées d'un terme extinctif, l'arrivée de cette modalité (7); 7° la *vox publica* ou « *jactance* » quand un des futurs s'est vanté à tort, en public, d'avoir eu des relations anticipées avec l'autre (8); 8° enfin, lorsque les parents échangeaient des promesses d'union au nom de leurs enfants, celui des deux, à qui le mariage négocié ne souriait pas, était autorisé à rompre, au moment de sa puberté, le lien dans lequel on l'avait engagé contre son gré (9).

(1) c. VI. VIII. c. XXXVIII. qu. 1.

(2) c. XXV. X. *De jurejurando*, II, 24.

(3) *Conférences de Paris*, t. I, liv. 3, p. 192, tenues en 1697 et publiées en 1712. Cette solution odieuse était rejetée par Sanchez, *op. cit. disp. 59*. Pothier approuvait hautement « la décision du jésuite » qu'il estimait sans difficulté. « Une fortune considérable qui me survient après les fiançailles ne peut, aux yeux de Dieu, ni même aux yeux des honnêtes païens, paraître une raison valable pour manquer à la foi que j'ai promise à ma fiancée. Si j'ai cru, lors des *sponsalia*, avoir, avec le bien de ma fiancée et celui que j'avais alors, de quoi supporter les charges du mariage que nous nous sommes promis de contracter, à plus forte raison, j'ai de quoi les supporter depuis que ma fortune a augmenté; et, par conséquent, rien ne m'empêche de le contracter. » Suit une réfutation, en règle des « raisons frivoles qu'apporte l'auteur des *Conférences* pour son sentiment ».

(4) c. III. X. *De Conj. lep.*, IV, 8.

(5) C. 25. Décrétales, l. II, t. XXIV.

(6) C. VIII et IX, *De eo qui cogn.* IV, 13.

(7) C. XXII, X, *De Sp.*, IV, 2.

(8) Durand de Maillane, *op. et loc. cit.*, § 4.

(9) Décrétale Grég. IX, lib. IV, t. II, cap. 8.

Les causes de dissolution unilatérale provenaient parfois d'une faute imputable à l'un des contractants et mettaient ainsi sa responsabilité en jeu. Des dommages-intérêts pouvaient, dans ce cas, être accordés à celui des deux fiancés qui n'avait rien à se reprocher; mais cela n'était plus du ressort du juge d'Église, ainsi que nous allons bientôt le préciser.

SECTION II. — DÉTERMINATION EXACTE DE LA COMPÉTENCE ECCLÉSIASTIQUE

Au x^e^ siècle, lorsqu'à la suite de la décrépitude du gouvernement royal, l'Église eut acquis pleine compétence pour connaître des questions matrimoniales, elle appliqua exclusivement les Canons et les Décrets des Conciles. Son indépendance était absolue et sa jurisprudence rigoureuse ne s'inspirait que des prescriptions canoniques.

Au XVI^e^ siècle, le pouvoir civil se ressaisit peu à peu; l'Église voit sa juridiction matrimoniale entamée par les empiétements incessants des tribunaux royaux, et dans le domaine restreint qu'on lui abandonne, elle doit se soumettre et adapter ses décisions aux commandements de l'autorité laïque, qui légifère avec activité (1).

Si, de l'aveu de tous, les demandes en exécution des

(1) Sans doute, la plupart des lois civiles du XVI^e^ siècle ne sont guère autre chose qu'une reproduction des décisions du Concile de Trente, lequel ne fut jamais reçu en France; mais, d'autres fois aussi, les nouvelles lois séculières se trouvaient en conflit avec les préceptes du droit canonique, anciens ou récents. Ainsi, d'après le Concile de Trente, les fils de famille, quel que fût leur âge, pouvaient se fiancer ou se marier valablement sans autorisation de leur père, tandis que les ordonnances de 1556 et de 1579 exigeaient, pour cela, l'âge de vingt-cinq ans. Ainsi se trouve expliqué le titre d'un ouvrage canonique important : *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage, où l'on concilie la discipline de l'Église avec la jurisprudence du royaume de France.* (Paris, 1712.) — Les diverses lois civiles sur le mariage, dans l'ancien droit, se trouvent réunies dans la nouvelle édition du *Code matrimonial* de Ridant et Camus. (Paris 1770.)

promesses de mariage sont encore de la compétence des Cours d'église (1), ce n'est plus, toutefois, qu'avec un grave tempérament. Henri IV, en 1606 et, plus tard, Louis XIII, en 1629, décident qu'en nos matières « *les Officialités devront soigneusement garder les Ordonnances et respecter, en particulier, l'a, 40 de celle de Blois* ». Ainsi, par exemple, d'après la pure doctrine canonique, toute preuve, quelle qu'elle soit, était admise pour établir l'existence des fiançailles et des arrangements pécuniaires dont elles sont parfois l'occasion; mais la jurisprudence du Parlement de Paris, adoptée par la Déclaration de 1639 (2), cassait, pour abus, les sentences des Officialités rendues en violation de l'Ordonnance de Moulins dont un article très connu prohibait la preuve testimoniale de toute convention dont l'objet était d'une valeur supérieure à 100 livres.

De même, une fois la réalité de l'engagement rapportée, — et par écrit —, il était formellement enjoint à l'Official de ne pas condamner le fiancé récalcitrant à épouser « *sous*

(1) Ainsi qu'en témoigne un arrêt de Règlement du Parlement de Paris du 5 mars 1633, cassant une décision du lieutenant criminel du Châtelet, lequel avait statué sur une question relative aux fiançailles. « La Cour, disait cet arrêt, ayant égard aux conclusions du Procureur général du Roi, fait inhibitions et défenses au lieutenant criminel du Châtelet de Paris de plus, à l'avenir, prendre connaissance des causes où il sera question de promesses de mariage, mais lui enjoint de les renvoyer par devant l'Official. » De Jouy, *Conférences sur les Ordonnances*, p. 576.

La procédure devant les tribunaux ecclésiastiques était très simple. Il y avait, de part et d'autre, constitution de procureur. Voici le texte d'une assignation extraite du *Recueil des procédures civiles faites en l'Officialité de Paris*, par P. de Combes, (Paris, 1765), p. 1 : « L'an 1600, le... jour de... à la requête de Marie T., fille majeure, couturière, demeurant rue Beaurepaire, où elle a élu domicile; j'ai F. R., huissier-appariteur en l'Officialité de Paris, demeurant rue... soussigné, donné assignation à François D. B., compagnon rôtisseur, aussi majeur, demeurant rue... en parlant à... en son domicile, à comparaître à trois jours au prétoire et par devant M. l'Official de Paris, pour s'y voir condamner à exécuter les promesses de mariage intervenues entre les parties, ce faisant, épouser la demanderesse incessamment en face d'Église, dans les formes de droit, et pour outre, comme de raison, à fins de dépens en cas de contestation, déclarant que Maître C. D. B. est procureur et laisse copie... »

(2) Art. 7. « Défendons à tous juges, *même à ceux d'Église*, de recevoir la preuve par témoins, des promesses de mariages autrement que par écrit qui soit arrêté en présence de l'une ou de l'autre des parties, encore qu'elles soient de basse condition. » Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 524.

peine d'encourir les censures ecclésiastiques les plus sévères ». L'usage de la contrainte par corps était aussi, avec force, interdit. — Le droit canon ne répugnait pas, nous le savons, à l'emploi de pareils procédés coercitifs; mais, en cela, il se heurtait aux principes de la jurisprudence civile qui prétendait voir dans de telles mesures une entrave insupportable à la liberté bien entendue des mariages (1). Les Officialités ainsi surveillées de très près, jugèrent prudent de s'incliner et, sous la menace de *l'Appel comme d'abus*, elles se bornèrent, non sans regret, à condamner le refusant, « *pro fide fracta* » aux dépens, à des prières et de légères aumônes « à distribuer en œuvres pies (2) ».

Assez souvent, on accordait, en outre, des dommages et intérêts; mais, la matière étant purement profane, il n'appartenait, le cas échéant, qu'aux magistrats laïques de les allouer (3). A ce propos, le Parlement de Besançon

---

(1) Bardet, *Arrêts*, t. 2, chap. xv; arrêts du Parlement de Paris du 9 juin 1637 et du 1er juin 1638. La jurisprudence des arrêts supprima l'usage des *amenez sans scandale* qui permettaient d'enfermer en prison le fiancé infidèle afin de le contraindre à tenir ses engagements. Henrys, *Arrêts*, t. I, liv. 11, chap. IV, Arrêt du Parlement de Paris du 23 décembre 1637. — Cette jurisprudence fut approuvée par l'art. 17 de l'Ordonnance criminelle d'août 1670 : « Défendons à tous juges, *même des Officialités*, d'ordonner qu'aucune partie soit *amenée sans scandale.* »

(2) *Traité de la juridiction ecclésiastique contentieuse*, t. I, p. 333, Sentence de l'Official de Paris. « En la cause appelée devant nous... Entre...; Parties ouïes, ensemble le promoteur, nous avons donné acte de reconnaissance des promesses de mariage et de la déclaration faite par la défenderesse qu'elle ne veut les exécuter; ce faisant, déclarè les dites promesses de mariage nulles et résolues, remis les parties en l'état qu'elles étaient avant icelles, *permis à elles de se pourvoir d'ailleurs comme bon leur semblera*, condamné la défenderesse pour le violement de sa foi à une *aumône* de 6 livres applicable à la décoration de la chapelle saint Nicolas de cette Cour et aux dépens, *sauf au demandeur son action en dommages-intérêts par devant juge compétent, etc...* »

(3) Henrys, t. 1, liv. II, qu. 13; Pothier, *op. cit.* art. III, n° 152, p. 28. — Mais l'Official, qui est sans droit, pour statuer sur les dommages-intérêts prétendus, est compétent, *ratione personæ*, même en matière profane, pour connaître des actions pures personnelles qui sont intentées devant lui contre des ecclésiastiques. « *Puta*, dit Pothier, si un chanoine avait fait des promesses de mariage qu'il refusât d'exécuter et que la fille à qui il les a faites l'eut assigné en l'Officialité et y eût conclu en des dommages-intérêts, l'Official serait compétent pour y décider, par la qualité de la personne à

donna, le 1er mars 1696, un arrêt de Règlement où on lit le passage suivant : « La Cour, disant droit aux conclusions du Procureur général du Roi, *fait défenses à l'*Official du diocèse de Besançon *de prendre connaissance des dommages et intérêts des parties dans les causes du mariage et de promesses de futuro qui seront portées devant lui et de prononcer aussi sur le fait des dits dommages et intérêts.* Faitx aussi défenses à tous juges séculiers du ressort du Parlement d'exécuter les sentences du dit Official à cet égard. » (1)

Les empiétements et les usurpations des tribunaux séculiers ne se commettaient pas seulement sur le terrain des indemnités pécuniaires ; on écartait encore la juridiction officiale, lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur la valeur d'une promesse de mariage surprise par violence ou extorquée par contrainte morale. Les Lettres de Chancellerie nécessaires à l'exercice de ces demandes en vertu de l'adage : « *Voies de nullité n'ont de lieu en France* », sortaient des greffes avec une suscription toujours adressée aux juges laïques et jamais à ceux d'Église, ce qui montre que l'intervention de ces derniers ne s'étendait pas aux instances en nullité.

Il fut aussi décidé que l'Official était sans droit pour statuer sur des litiges exclusivement temporels, par exemple, sur des promesses émanant non plus des fiancés, mais de leurs parents. Là, en effet, le sacrement était hors de cause ; il n'y avait, dans le débat, qu'une convention civile que le juge d'Église était sans qualité pour examiner.

Enfin, le Parlement de Dijon, le 15 mars 1615 et celui de

---

qui ils sont demandés. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du mois de février 1690, sur les conclusions de M. de Lamoignon. — L'arrêt est rapporté au 5e tome du *Journal des Audiences.* » Cet avantage, pour le clerc defendeur, de revendiquer la juridiction ecclésiastique était appelé par les canonistes « *privilegium fori* » et par nos anciens auteurs « *privilège de clergie* ».

(1) *Traité de la juridiction ecclésiastique contentieux*, par un Docteur en Sorbonne, t. I, 2e partie, p. 135.

Bretagne, le 27 octobre 1622 (1), avaient déclaré *abusives* les procédures des Officiaux appointant les plaideurs en preuve quand l'un d'eux s'affirmait délié des *sponsalia* par l'inconduite notoire de l'autre. Il n'y avait, disait-on, rien de spirituel dans ces incidents de pur fait. Ainsi pensait Fevret : « La connaissance du juge ecclésiastique est tellement restreinte à ce qui est du *fœdere* qu'il ne peut étendre plus avant sa juridiction aux questions de fait qui se présentent incidemment. » (2)

Sans doute, toutes ces solutions n'étaient pas unanimement acceptées, et l'on devine que l'Église, approuvée d'ailleurs par quelques Parlements (3), ne se courba pas sans résistance sous le joug, qu'avec rigueur, les civilistes lui imposaient.

Il n'en est pas moins vrai que, dès le XVI^e^ siècle, et même avant, la société civile, plus forte et mieux éclairée parvenue déjà à la pleine conscience de ses attributions et de ses droits reprenait, par le menu, ce qu'à travers les siècles, le Clergé, profitant de la faiblesse du trône, lui avait, en bloc, indûment enlevé.

---

(1) Févret, *De l'Abus*. Lib. v, chap. 1, n° 11, t. II, p. 13. La jurisprudence du Parlement de Paris était en sens contraire; arrêt du 16 mars 1633 (Actes du clergé, t. v, col. 815), sur les concl. de l'avocat général Talon.

(2) Fevret, *op. et loc. cit.*

(3) Voy. notamment Arrêt du Parl. de Paris, cité à la note 1.

CHAPITRE V

LES FIANÇAILLES

DANS L'ANCIENNE JURISPRUDENCE

ET LE DROIT RÉVOLUTIONNAIRE

SECTION I. — ANCIEN DROIT. — DISCUSSION SUR LE CARACTÈRE DE L'INDEMNITÉ ALLOUÉE

Les Parlements avaient donc l'occasion d'intervenir souvent en matière de fiançailles et les auteurs laïques, en enregistrant leurs arrêts, étaient aussi appelés à se prononcer. Il est intéressant de rechercher quelle idée les uns et les autres s'en faisaient (1). — Aux yeux des civilistes, le contrat donne naissance à une obligation réciproque de s'épouser. « Le principal effet des fiançailles, dit Pothier (2), est qu'elles forment dans chacune des parties un engagement réciproque d'exécuter sa promesse, lorsqu'elle en sera requise par l'autre partie, d'où naît une action que chacune a contre l'autre pour

(1) Cette partie de notre étude sera forcément très courte; en effet, les Ordonnances qui, sur le terrain du mariage, se trouvent quelquefois en conflit avec le droit des Décrétales, ne reproduisent guère, en matière de fiançailles, que les décisions canoniques déjà examinées dans le chapitre précédent, encore n'ont-elles réglementé que quelques points secondaires. Il ne faudrait pas croire cependant que la similitude entre les deux corps de doctrines soit absolue. Ainsi on verra, au texte, une divergence radicale en ce qui concerne la force exécutoire des *sponsalia*. Ajoutons encore, à titre d'exemple, que le droit canonique, confirmé par le Concile de Trente, tenait pour valables les fiançailles des impubères consenties sans autorisation de leurs parents, tandis que le droit civil était résolument contraire. Voy. Pothier, Ed. Dupin, (1825) t. v, p. 19, n° 29.

(2) Pothier, *op. cit.* p. 26. *Article V.*

l'obliger à l'accomplir. » Mais cette obligation, pour si respectable qu'on la suppose, n'était pas stricte au point de légitimer l'emploi de mesures coercitives, et c'est pour cela que les Parlements, saisis au moyen de *l'Appel comme d'abus* (1), avaient réformé les sentences des Officialités, ordonnant non pas de simples exhortations platoniques, mais des censures ecclésiastiques sévères et parfois même la prison (2).

Avec complaisance, les juristes s'étendent, en un langage imagé, sur les multiples inconvénients des mariages obtenus par contrainte. « L'on peut bien, déclare Fevret, condamner par jugement la partie refusante à solenniser le mariage, mais qui lui donnera l'affection qui rend le mariage heureux ! *Amor non imperatur !* Les volontés sont libres, les violences n'ont point de prise sur l'esprit. Quelle inhumanité serait-ce d'unir par force des esprits divisés pour les consumer dans une vie languissante ! » (3) — L'avocat général Bignon, en ses conclusions, expose au Parlement de Paris que « bien que l'anathème et l'excommunication soient la mort de l'âme et la perte de la vie chrétienne, néanmoins, on peut y remédier et procurer son absolution; et, au contraire, contracter mariage avec une personne pour laquelle on a de l'aversion et de la haine, c'est s'attacher à la géhenne continuelle et se procurer un supplice évident et perpétuel » (4). — Pothier, plus simple

---

(1) *L'Appel comme d'abus* était une procédure mise à la disposition des simples particuliers et des Procureurs généraux qui leur permettait de soumettre à la censure des Parlements un acte de l'autorité ecclésiastique prétendu « *contraire aux lois et aux coutumes du royaume de France ou aux canons reçus en France* ».

(2) Voy. Arrêts des Parlements de Paris (1er juin 1638 et 30 juillet 1645) et de Dijon (20 mai 1675 et 6 février 1681), rapportés dans le *Code matrimonial* de Le Ridant et Camus. V° *Promesses de mariages*, § 1.

(3) Févret, *Traité de l'Abus*, t. I, partie V, chap. 1, n° 20. Il continue en ces termes : « Pour ne point engager les parties aux fâcheux détours d'un si inextricable labyrinthe, il vaut mieux souffrir avec patience le changement de leurs affections que de les forcer, malgré eux, à solenniser un mariage *cui non libera voluntas, sed truculentæ necessitatis manus stylum suum imposuerit.* »

(4) Voy. *Rec. tiré des procédures civiles faites en l'Officialité de Paris et autres*, par P. de Combes, p. 22.

mais non moins formel, observe que « le manque de foi doit être toléré comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux que pourrait occasionner un mariage qui ne serait pas contracté de plein gré. (1) »

Nos anciens auteurs sont donc, semble-t-il, partisans de la liberté du mariage, et cependant, malgré leur lyrisme, ils accordent tous à la partie délaissée de forts dommages-intérêts pour l'examen desquels la juridiction séculière du domicile du défendeur est seule compétente (2). Le principe de l'action ne résidait pas dans un dommage et la condamnation n'était pas basée sur un délit ou quasi-délit commis par le fiancé qui refusait de s'exécuter. Les dommages-intérêts étaient dus en vertu de la règle de droit et d'équité qui contraint celui qui assume une obligation de faire à fournir sinon l'objet de son engagement, tout au moins son équivalent. « Toutes les promesses *quæ consistunt in faciendo*, — c'est bien le cas des fiançailles, — se résolvent en intérêts, si elles ne sont accomplies; on suit le conseil de Sulpicius, lequel disait que celui qui refusait d'exécuter la promesse qu'il avait faite à une femme ou à une fille de l'épouser, *interposita stipulatione*, était condamnable aux intérêts. » (3)

Toutefois, M. Colin (4), dans sa thèse, a soutenu que sous l'empire de l'ancien droit, comme aujourd'hui, les dommages-intérêts avaient déjà le caractère délictuel. La preuve en est, dit-il, tout d'abord dans le criterium de leur évaluation où il n'était pas tenu compte des avantages pécuniaires que la stricte exécution des fiançailles et des conventions matrimoniales aurait assurés à la partie abandonnée. — Il est facile de répondre que cet élément était, avec raison, exclu par les Parlements de l'indemnité allouée pour résolution du contrat. La privation des profits et bénéfices, le défaut d'enrichissement n'est pas, à

(1) Pothier, *op. cit., art. VI,* n° 51 *in fine.*
(2) Pothier, *op. cit. art. VI,* n° 52.
(3) Fevret, *op.* et *loc. cit.*
(4) *Des Fiançailles et promesses de mariage,* (Paris 1887), p. 178 et s.

proprement parler, un dommage. On a manqué une occasion d'acquérir, mais on n'a rien perdu. Le mariage, union désintéressée n'est pas, du moins en théorie, une convention où, à l'inverse de beaucoup d'autres, on cherche à spéculer aux dépens d'autrui. Dès lors, rien de plus naturel que les Parlements, malgré leur largesse, n'aient point, d'une façon absolue, tenu compte du *lucrum cessans* dans leur fixation de l'indemnité. En décidant autrement, ils auraient, par voie détournée, donné effet au contrat de mariage que rend caduc la rupture des fiançailles.

La responsabilité du fiancé qui, sans motifs, se retire n'en a pas moins une origine contractuelle. M. Colin le nie à l'aide d'un second argument tiré de la procédure spéciale suivie dans les instances relatives aux fiançailles. Quand les juges laïques, chargés de statuer sur les dommages-intérêts, examinaient notre contrat, une décision de l'Official était déjà intervenue qui le déclarait définitivement brisé. Dès lors, les Parlements ne pouvaient pas frapper le fiancé en se basant sur ce qu'un contrat avait été inexécuté, puisqu'il était déjà dissous, lorsqu'ils étaient appelés à en connaître. Pour justifier leurs arrêts de condamnation, ils devaient dire qu'un préjudice avait été subi par suite d'un délit civil dont réparation était due.

Cette explication de M. Colin, ici encore, ne nous paraît pas admissible. La sentence du juge d'Église ne formait pas, en effet, aux dires de Pothier (1), un *préjugé* devant le tribunal séculier. La question de validité des fiançailles y était débattue à nouveau. Bien qu'après pénitences canoniques, l'Official ait proclamé le contrat inexistant; aux yeux de la loi civile, il vivait encore d'une vie assez intense pour créer une obligation à des dommages-intérêts, dus manifestement pour résolution d'un contrat. La phrase de Pothier n'est-elle pas formelle ? « Lorsque le juge trouve l'engagement valable, il condamne la partie qui refuse de l'accomplir à une somme à laquelle il estime l'indemnité

(1) Pothier, *op. cit.*, n° 49.

allouée à l'autre partie pour *inexécution de l'engagement.* »

Écoutons toujours Pothier : « Les dépenses que les recherches de mariage ont causées, pendant tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles et la perte de temps qu'elles ont entraînée sont les objets les plus ordinaires de ces dommages-intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi y peut aussi entrer, dans le cas où il y aurait lieu de craindre qu'il ne nuise à son établissement avec quelqu'autre. » (1)

Tout l'équivalent, ou à peu près, qui pouvait être donné à la prestation non accomplie, l'était. On tenait compte du préjudice tant matériel que moral, — ce dernier se rencontrait dans presque toutes les espèces, — qu'avait pu subir le fiancé repoussé. Au moment des *sponsalia*, la volonté s'était librement donnée, la liberté, de son plein gré, aliénée; il était juste qu'on ne pût se reprendre qu'en alléguant de très graves motifs de dédit de nature à autoriser une rétractation légitime.

Les exemples étaient typiques et nombreux qui illustraient ces principes. « D'après Héricourt, M. Magnon, conseiller au Parlement de Paris, ayant voulu s'exempter d'obéir à la promesse de mariage qu'il avait faite à la demoiselle Chabannes de Pionsac, fut condamné par un arrêt rendu à la Grand'Chambre, en 1703, à 60.000 livres de dommages. — Le 30 août 1661, M. Hébert, maître des requêtes, est condamné, pour faits similaires, à 14.000 livres. » (2)

Merlin ajoute (3) : « Le 28 mars 1683, le Parlement de Paris, confirmant une sentence du Châtelet, ordonna, suivant le témoignage de Brodeau, que François le Sceq, jardinier du Roi, paierait la somme entière de 12.000 livres

---

(1) Pothier, *op. cit.*, Art. VI, n° 53, p. 28.

(2) *Lois ecclésiastiques*, Chap. du mariage, § 514.

(3) Merlin, Rép. V° *Peine contractuelle*, § 3. Voy., en outre, au *Code matrimonial* (loc. cit. § 3) de nombreux arrêts portant condamnation à 5.000, 10.000, 20.000 livres.

de peine stipulées par le contrat de mariage qu'il n'avait pas voulu exécuter. » (1)

On le voit, la liberté du mariage, invoquée à grand fracas par les civilistes, était, en fin de compte, aussi sérieusement tourmentée par leurs dommages-intérêts excessifs que par les censures rigoureuses des canonistes. A travers des procédés différents, les résultats se révélaient identiques et, dans les deux systèmes, l'autonomie individuelle était hardiment sacrifiée.

Mais, du moins, une sérieuse conquête était obtenue. Guidés par le désir constant d'abattre sans merci toute juridiction rivale, les Parlements ont supprimé, de parti pris, les contraintes ecclésiastiques et rendu, par suite, purement platoniques les décisions de l'Official, lequel ne conserva plus, en réalité, qu'une compétence illusoire. En matière de fiançailles, la question de dommages-intérêts devint, de bonne heure, la seule importante (2). Le pouvoir civil, prenant ainsi au contrat ce qu'il avait d'essentiel, s'attribua une prépondérante autorité dans la formation du lien matrimonial. C'était, par un côté, préparer les voies au mariage laïque, dont la Révolution devait, plus tard, comme d'un immense bienfait, doter notre pays.

---

(1) La clause pénale était, en effet, admise. Parfois, les Parlements réduisaient le chiffre des dommages-intérêts conventionnels, non par respect pour la liberté du mariage, mais par application des principes généraux qui permettaient aux juges d'apprécier une stipulation quelconque de clause pénale et d'en abaisser le taux quand ils le trouvaient excessif. Voy. Pothier, *Des Oblig.*, n° 345. L'a. 1152 du C. C. a adopté, une solution contraire, plus conforme, d'ailleurs, à l'intention des parties qui ont voulu donner à leurs accords un caractère strictement forfaitaire.

(2) Avec cependant tout ce qui rapportait à la restitution des cadeaux de fiançailles et de la dot fournie avant le mariage. Nous dirons un mot de ces difficultés quand nous traiterons la question en droit moderne.

SECTION II. — DROIT RÉVOLUTIONNAIRE. DISCRÉDIT DES FIANÇAILLES.

Dans le droit intermédiaire, les antiques fiançailles sont vues avec défaveur (1). A la fin du XVIII[e] siècle, l'individu s'émancipe; on se rappelle avec angoisse l'autorité despotique du père de famille qui lui permettait de fiancer ses enfants en bas âge sans tenir compte de leurs sympathies, sans même leur demander leurs avis (2). Aussi, l'esprit public, simpliste par nature, ne fit pas de distinction et engloba dans une égale réprobation aussi bien les fiançailles consenties par les véritables intéressés que celles négociées, en dehors d'eux, par leurs parents. Le même discrédit s'attacha aux vraies comme aux fausses fiançailles. Le parasite tua l'arbre (3).

Puis, à une époque où l'on sécularisait le mariage, on se souvînt que les fiançailles se concluaient, le plus souvent, à l'Église et sous les yeux du prêtre. Il y avait là une prévention de plus. Sans doute, il était facile de pousser plus avant la laïcisation et d'en étendre les avantages aux *sponsalia*, afin d'en permettre l'accès aux personnes des différents cultes; mais une dernière et décisive considération intervint

---

(1) « Il nous semble pourtant évident que la démocratie doit voir d'un bon œil les fiançailles qui favorisent la fusion des classes en ouvrant le champ aux sympathies privées ». Giraud, *Des Prom. de mariage*, R. critiq., (1888) p. 663 et s.

(2) Il est vrai qu'arrivés à la puberté, les enfants pouvaient rompre sans motif les fiançailles négociées contre leur gré, mais ils n'usaient pas, en général, de la faculté qui leur était réservée. Pour en profiter, il aurait fallu s'exposer au mécontentement ou même à la colère du chef de famille qui, en cette époque de substitutions et de droit d'aînesse, n'avait obéi, le plus souvent, en fiançant ses enfants, qu'à des préoccupations d'ordre politique. — Lors de la rédaction du Code civil, Tronchet, sur l'a. 146, présenta l'observation suivante : ..... « C'est ainsi qu'autrefois on ne laissait à une jeune fille que l'option entre un couvent et la personne qu'on lui offrait pour époux. »

(3) Voy. Giraud, *op. cit.*, p. 680 et s.

qui, plus puissante que les autres, consomma, d'une façon définitive, la ruine de notre institution.

Nous sommes en 1792. La porte est, toute large, ouverte au divorce. La liberté est inaliénable. C'est un dogme qui revient, comme un refrain obstiné, dans toutes les discussions d'alors. Le mariage n'est plus qu'un contrat ordinaire de société; il peut se rompre non seulement par consentement mutuel, mais aussi au gré de l'un des époux (1). Comment, par suite, reconnaître aux fiançailles, — ce petit mariage avant la lettre, — une force que le grand, désormais, n'a plus? Les fiançailles sont condamnées. Les lois révolutionnaires feignent de les ignorer (2); elles les tiennent pour une formalité de pure civilité, un usage sans valeur juridique et indigne d'une réglementation légale.

(1) En cas d'incompatibilité d'humeur. (Loi du 20 septembre 1792.)

(2) Notons, toutefois, une déclaration faite à l'Assemblée Constituante par Durand de Maillane, commissaire du Comité ecclésiastique. Il s'agissait d'édifier une nouvelle théorie des empêchements au mariage, et l'orateur proposait de supprimer celui résultant, dans l'ancien droit, des fiançailles : « Alors, disait-il, la loi ne regarderait ce qu'on a appelé jusqu'ici *fiançailles*, quelle que soit leur forme, que comme des conventions qui, avant comme après le mariage, *ne doivent produire que des effets privés et purement civils entre les parties seules.* » Il semblerait donc que de Maillane, encore tout imbu des vieilles théories des civilistes et des décrétalistes, eût voulu, en dehors de l'empêchement qu'il entendait supprimer, maintenir certains effets civils aux *sponsalia;* mais il est difficile de savoir quelle fut, à cet égard, l'opinion de l'Assemblée. Ses procès-verbaux ne relatent aucune discussion sur le point qui nous intéresse. Voy. *Procès-verbal de l'Assemblée Nationale* (Paris, 1791), t. 55.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DES FIANÇAILLES

ET DES PROMESSES DE MARIAGE MODERNES

> Le temps, qui s'écoule entre cette promesse solennelle de se donner l'un à l'autre et le mariage, est un temps d'épreuve et de bonheur, de désir et d'espérance. En faisant des fiançailles une institution civile, il semble que les lois prennent, cette fois, en considération l'union conjugale dans ses rapports avec le consentement des époux et la félicité intérieure du ménage; qu'elles aient voulu que l'amour à l'état d'engagement libre, mais publiquement avoué, précédât le mariage pour qu'on fût plus sûr qu'il le suivrait; que les futurs époux apprissent, durant une longue et préalable fréquentation, le secret de leurs passions et de leurs faiblesses... Les fiançailles, ainsi comprises, sont comme l'éducation de la vie conjugale.
>
> Comte PORTALIS, Premier Président à la Cour de cassation. *Le Code civil sarde*, préface.

Sous l'ancien régime, après bien des alluvions successives, la théorie complète de notre contrat s'était fixée en un certain nombre de formules scientifiques et, volontiers, les auteurs canoniques ou séculiers traitaient des fiançailles *ex professo* (1). Nous savons les préventions accumulées contre elles à l'époque de la Révolution et le silence, peut-être affecté, du droit intermédiaire à leur égard. Lors de la

---

(1) Il suffira de rappeler ici les traités de Pothier, Merlin, de Héricourt, Durand de Maillane, etc.

confection du Code civil, la question fut abordée de front dans une séance du Conseil d'État du 17 novembre 1801. Les orateurs étaient d'avis de réglementer, sans tarder, les promesses de mariage. Le consul Cambacérès s'exprime ainsi : « Il faut se prononcer sur ce cas... ; il faut que ce cas soit prévu et décidé. » (1) Le problème, sans doute, était ardu, la solution difficile à trouver; aussi le débat fut-il ajourné. J'ignore si c'est avec intention ou par oubli qu'il ne fut plus parlé des *sponsalia* dans les discussions postérieures. Y eut-il simple négligence ou, comme en une autre matière célèbre (2), escamotage volontaire, je ne sais; mais il n'est que trop certain que le Code est absolument muet sur les promesses de mariage. Pas un seul de ses articles n'y fait même allusion. Nous n'avons aucun texte sur une institution dont l'intérêt pratique et l'importance sociale méritaient bien pourtant la sollicitude du législateur.

Car, en dépit de l'ostracisme dont il les frappait si durement, il ne pouvait, en vérité, s'illusionner sur la persistance des fiançailles dans nos mœurs (3). Il les rendait, en quelque sorte, indispensables lui-même, en imposant un délai obligatoire entre les publications à la mairie et la

---

(1) « M. Tronchet fait observer que les rédacteurs du projet de Code civil ont proposé de décider que *les promesses de mariage ne donneraient lieu qu'à des dommages et intérêts.* — M. Réal dit que la Section pense que les dispositions sur les promesses de mariage doivent être renvoyées au titre des actions. — M. Régnier dit que la circonstance de la grossesse augmente les dommages-intérêts dus pour l'inexécution de la promesse ». Séance du Conseil d'État du 17 novembre 1801 (26 brumaire an IX), Locré, *Législation de la France*, t. VI, p. 123 et 124.

(2) Tout le monde connaît l'histoire ambulatoire du fameux article 91 du Projet, reproduisant l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII.

(3) « Les fiançailles marquent une phase de la civilisation correspondante à la situation des femmes qu'on a cessé de tenir absolument en charte privée, mais qui n'ont pas encore la libre allure du jeune homme. Entre les deux extrêmes, en effet, celui de la jeune fille recluse ou voilée que nous voyons encore réalisé en Orient, et celui de la jeune fille émancipée que tend à nous offrir l'Amérique, il y a celle qui peut connaître son futur mari seul ; qui n'est, sans doute, pas mariée par sa famille, mais du moins sous le contrôle et avec l'agrément de sa famille. C'était certainement la situation de notre ancien droit à l'époque moderne et personne ne niera que ce soit encore aujourd'hui le fait de la majeure partie des nations européennes, particulièrement de la France. » Giraud, *op. cit.*, p. 671.

célébration du mariage (1). Ne devait-il pas supposer que, dans cet intervalle forcé, — sorte de stage matrimonial, — les jeunes gens, loin de se tenir à l'écart, briseraient avec joie la réserve des premiers jours de l'heureuse rencontre et entretiendraient, pour le plus grand profit de chacun, des fréquentations étroites et assidues ?

Le vieux Gratien exagérait. L'acte charnel n'est pas tout le mariage. Pour que la communion amoureuse soit parfaite, il importe que les cœurs se pénètrent et les âmes s'unissent avant que se joignent les corps. Et pour cela, pour préparer dignement le *consortium omnis vitæ,* ne fallait-il pas recourir à la vieille tradition, antérieure à l'ère chrétienne, réglementée avec soin par l'ancien droit et précieusement conservée dans nos usages sous le nom de *fiançailles* ?

Elles sont aussi vivaces dans nos habitudes modernes qu'elles l'étaient autrefois ; elles répondent à des besoins permanents, et l'on s'explique ainsi qu'elles n'aient cessé de rester toujours en honneur. Elles mettent en jeu une foule d'intérêts pécuniaires et moraux très complexes, et soulèvent de délicats problèmes juridiques quand le mariage ne s'en suit pas. — Il ne sera donc pas sans utilité d'en tenter ici une étude approfondie, en nous plaçant surtout au point de vue des conséquences de leur rupture.

---

(1) La célébration du mariage, on le sait, n'est possible qu'autant que les publications ont été faites pendant deux dimanches consécutifs (a. 63 C. C.)

CHAPITRE I

DE LA RUPTURE DES FIANÇAILLES

ET DE L'INDEMNITÉ A ALLOUER AU FIANCÉ ÉCONDUIT.

SECTION I. — LES DOMMAGES-INTÉRÊTS PEUVENT-ILS SE BASER SUR L'INEXÉCUTION D'UNE OBLIGATION DE FAIRE? — VALEUR JURIDIQUE DES FIANÇAILLES.

Par un sérieux échange de promesses, deux personnes peuvent-elles s'engager à se prendre pour époux dans un avenir prochain? La convention est-elle licite? Forme-t-elle un lien de droit sanctionné par une action? Le silence du Code nous autorise-t-il à admettre la validité et l'effet obligatoire des fiançailles, ou bien devons-nous l'interpréter, au contraire, dans le sens de leur inefficacité juridique?

Précisons, au préalable, l'intérêt du débat. Il est certain, tout d'abord, que déclarer les fiançailles obligatoires, ce n'est point, par cela même, accorder à chacun des fiancés un droit de contrainte direct contre l'autre pour le forcer à tenir ses engagements et à procéder *manu militari* au mariage. De fougueux canonistes avaient autrefois conseillé ces rigueurs, mais leur avis ne fut pas suivi par les Officiaux, et les Parlements le blâmèrent avec une énergie indignée. En effet, outre qu'une telle union serait certainement vouée à un triste avenir, l'exécution forcée est ici, de toute nécessité, impraticable. A vrai dire, elle ne se

conçoit même pas. Imaginerait-on sans rire une décision de tribunal qui, au moyen d'une astreinte comminatoire, ordonnerait gravement à deux personnes de consentir à une union dont elles ne veulent plus? Ici, la réalisation de la promesse ne dépend que de la libre volonté des parties et de leurs sentiments intimes. L'ordre impératif de la loi viendrait se briser contre une impossibilité matérielle : *Nemo potest præcise cogi ad factum* (1).

Aussi bien, sur ce point, tout le monde est d'accord (2). Les controverses se sont portées sur un autre terrain, et c'est autour de cette formule que les assauts se sont livrés : Le fiancé délaissé est-il reçu à réclamer une indemnité, basée sur l'inexécution des engagements pris envers lui, ou bien son partenaire peut-il, à l'abri de toute responsabilité, se dégager sans motif impunément?

Le respect qui est dû à la parole donnée; la liberté absolue des consentements, le jour du mariage, voilà les principes contradictoires qui, chacun de leur côté, ont inspiré les deux théories en présence.

§ I. — ***Système de Merlin et de Toullier.*** — Au début du siècle dernier, la validité des promesses de mariage a été énergiquement soutenue par **Merlin** et **Toullier** (3).

Le Code civil, disaient-ils, est muet sur les fiançailles;

---

(1) « Cette maxime signifie que, non seulement le débiteur ne peut être forcé par des moyens de contrainte personnelle à l'accomplissement d'une obligation de faire; mais encore qu'il est interdit aux juges de l'y contraindre indirectement en prononçant contre lui des condamnations pécuniaires excédant la mesure des dommages-intérêts ordinaires. » Aubry et Rau, *Droit civil français*, 4e éd., t. IV, p. 41, note 2.

(2) De même, contrairement à l'ancienne jurisprudence où le droit d'opposition était si largement accordé, on est unanime aujourd'hui à reconnaître que le fiancé éconduit n'est pas admis à former opposition au mariage que son ex-fiancé voudrait contracter avec une tierce personne. Il ne figure pas au nombre des titulaires du droit d'opposition limitativement déterminés par la loi. — Zachariæ observe également qu'il ne peut attaquer en nullité le mariage conclu par son ex-fiancé. *Le Droit civil français*, t. I, p. 189. — En l'état actuel de notre législation, cette remarque, comme la précédente, est d'évidence.

(3) Toullier, *Le Droit civil français* (6e édition) t. III, 2e partie, page 193 et suiv.; Merlin, *Répertoire*, V° *Peine contractuelle*, § 1, page 102.

c'est donc qu'il les permet par une normale application de l'article 1101 (1). Tout est réputé licite qui n'est pas expressément défendu par la loi. La liberté est la règle, les volontés sont autonomes. Il faudrait, — car les exceptions ne se suppléent pas, — un texte bien formel pour déroger ici à ce principe de vérité élémentaire. Il convient, au contraire, d'en dégager tout le contenu. C'est notre droit si nous ne nous heurtons pas à un objet ou à une cause illicites, et c'est précisément ce que nous ne rencontrons pas dans notre espèce. Un engagement dont le but est de favoriser le mariage ne saurait être taxé d'immoralité ; il est tout aussi recommandable que l'union à laquelle il tend. La conscience se révolterait à la vue de promesses que l'on pourrait, par caprice, violer sans danger, parce qu'il aurait plu à l'arbitraire de la loi de les tenir pour nulles et sans valeur ! Ce serait faciliter la séduction et donner ainsi une prime à la fraude dans une matière où s'agitent les intérêts les plus sérieux et les biens les plus délicatement fragiles : l'honneur et la considération.

On dit que les fiançailles sont une préparation au mariage et comme une sorte d'école d'initiation morale ; elles manqueraient leur but si chacun des fiancés n'avait pas toute latitude pour se retirer après une expérience qui ne lui paraîtrait pas satisfaisante (2). — La réponse est aisée : Sans doute, il est bon qu'avant le mariage, les futurs époux s'entourent de tous renseignements utiles; mais cette enquête si profitable intervient, le plus souvent, avant les fiançailles elles-mêmes. Ces dernières sont, en pratique, précédées de fréquentations d'abord courtoises, puis cordiales qui, mettant en rapports étroits, les jeunes gens et

---

(1) « Art. 1101 : Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, *à faire ou ne pas faire quelque chose.* » Les *sponsalia* rentrent sans effort dans le cadre de cette définition. Pour ne rien compliquer, nous supposons les fiancés âgés de vingt-un ans, ou bien de dix-huit ou quinze, si les engagements sont autorisés par les parents.

(2) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (1892) t. II, p. 13, n° 5.

leur entourage, facilitent à tous une très ample information. L'on peut être assuré que, pour cette tâche, des intermédiaires abonderont, bien ou mal intentionnés, mais toujours empressés. Pas plus qu'on ne se marie à l'aventure, on ne se fiance à la légère. Aussi, après un échange de promesses sincères, longtemps méditées et officiellement annoncées, il ne doit plus être permis de se dédire sans motifs.

On objecte, au surplus, que des fiançailles obligatoires gêneraient, le jour du mariage, la liberté et la spontanéité du consentement (1). A ce titre il importe de les proscrire. — C'est oublier que, lors de la conclusion des fiançailles, les parties ont agi en pleine liberté (2); elles ont souscrit à leurs accords réciproques, sans autre pression, — et elle est fatale, — que celle résultant d'attirances psychologiques et d'intimes sympathies qui les tiendront également, et peut-être avec plus de force encore, au moment du mariage.

Et celui-ci, qu'est-il donc, après tout ? Le consentement mutuel en est la base bien plus que la cérémonie dont l'intérêt principal est simplement d'en procurer la publicité. Pourquoi attacher à des formalités une importance exagérée, et décréter qu'il est permis de s'engager d'une manière ferme à l'instant précis du mariage et qu'on ne saurait, par aucun moyen, se lier auparavant si faiblement qu'on le suppose (3) ? Pourquoi tant de bienveillance dans un cas et de sévérité dans l'autre ?

---

(1) Une liberté illimitée du consentement est de l'essence du mariage. « Elle est requise, dit Portalis, dans tous les contrats ; elle doit être surtout parfaite et entière dans le mariage; le cœur doit, pour ainsi dire, respirer sans gêne dans une action à laquelle il a tant de part; ainsi, l'acte le plus doux doit être encore le plus libre. » *Sirey*, t. XIV (2e partie) p. 19.

(2) « Attendu que *c'est en vain* que l'on prétend que, la célébration du mariage devant être l'effet d'une libre volonté, ce serait aller contre l'indépendance que le législateur et la morale ont établie à cet égard que de prononcer des peines contre celui qui refuse d'exécuter sa promesse, *car la liberté était entière avant le contrat de mariage, les fiançailles ont donc été l'effet d'une pleine volonté...* » (Toulouse, 8 mars 1827.) D. *Rép.* V° *Mariage*, n° 83, p. 179, note 4.

(3) « L'homme, en sa qualité d'être intelligent et libre, peut enchaîner ses actions et une partie de sa liberté en tout ce qui n'est pas défendu par la loi ou la morale. » Toullier, *op. cit.* t. VI, n° 301.

D'ailleurs, en autorisant la volonté à s'aliéner dès le jour des fiançailles, on ne prétend pas soutenir, pour cela, que les fiancés seront tenus de solenniser leur union malgré eux. Bien qu'ils aient pu valablement se promettre le mariage par anticipation, il ne leur en appartient pas moins, sauf responsabilité pécuniaire, de ne pas le contracter quand il a cessé de leur plaire.

Et puis enfin, la liberté matrimoniale, ce *leit-motif* de toute la discussion, est-elle si absolue qu'elle ne souffre jamais aucune atteinte ? N'admet-on pas, dans les dispositions à titre gratuit, la validité de la charge imposée par le disposant au bénéficiaire de se marier dans un certain délai avec telle personne déterminée ? (1) Le gratifié est dans l'alternative ou de laisser échapper sans retour, par la défaillance de la condition, le bénéfice d'une libéralité, parfois très avantageuse, ou d'épouser une personne non choisie par lui, qu'il ignore peut-être et vers laquelle, après l'avoir vue, il ne se sentira nullement attiré. Si, pour ne pas éprouver une perte pécuniaire considérable, il se décide à surmonter sa répugnance, ne serons-nous pas en droit de dire que la libéralité dont il a bénéficié a exercé sur sa volonté une très regrettable pression ? La loi la tolère; elle serait mal venue à se montrer plus sévère pour les promesses de mariage où le choix des parties, libre et éclairé, n'a pas été dicté par une volonté étrangère, mais seulement par la leur.

Telle est, dans toute son ampleur, l'argumentation de Toullier, inspirée de l'ancienne jurisprudence qui, sous l'influence canonique, déclarait les *sponsalia* obligatoires. Le mutisme du Code milite en faveur de cette doctrine. Il est d'autant plus concluant qu'au cours des travaux préparatoires, cinq orateurs du Conseil d'État avaient parlé de nos promesses avec bienveillance : « Aucun ne les

(1) En ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 692, p. 292 et 293; Lyon, 27 mars 1868, D. *Sup. au Rép.* V°, *Disp. entre vifs et test.*, n° 44, note 1.

considérait comme inexistantes et sans valeur, encore moins comme suspectes et immorales. » (1)

Aussi, avec l'autorité que lui donnaient son grand savoir et sa connaissance des précédents, Merlin pouvait s'écrier : « Oserait-on mettre en doute que les promesses de mariage sont réprouvées par le Code Napoléon? Oserait-on bien tirer du silence du Code à cet égard une autre conséquence, si ce n'est qu'il ne les assujettit pas à des règles spéciales et qu'il les laisse sous l'empire du droit commun des contrats ? » (2)

Au début du siècle, la jurisprudence, appliquant sans restriction la formule de l'article 1134, admit dans son ensemble la théorie que nous venons de développer.

Citons tout d'abord un arrêt de la Cour d'appel de Trèves (3), du 5 février 1808 : « Considérant que le mariage n'est que l'accomplissement d'une promesse préexistante de célébrer le mariage d'après les formalités prescrites par la loi; que cette convention préliminaire, qu'on appelle les *fiançailles*, existe sous le Code civil, comme elle existait sous les anciennes lois et doit produire les mêmes effets, puisqu'elle forme un contrat synallagmatique obligatoire qui contient l'engagement de faire et qui rentre dès lors dans l'application de l'article 1142 du Code civil, dont la disposition générale renferme la chose quoique le mot *fiançailles* n'y soit point nommément exprimé. »

La Cour de Toulouse, le 16 février 1813, reproduit la même doctrine : « Attendu que les fiançailles sont un contrat synallagmatique, formant un engagement réciproque entre les parties contractantes d'accomplir la promesse de mariage, d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplissement de la dite promesse. » (4)

---

(1) Giraud, *op. cit.* p. 685.

(2) Merlin, *Rép.* V° *Peine contractuelle*, § 1, p. 102.

(3) Trèves, 5 février 1808, D. *Rép.* V° *Mariage*, n° 83.

(4) Dalloz, *Rép.* V° *Mariage* n° 73. — Voir dans le même sens, Nîmes,

Toullier développait son système en déductions logiques. Il avait basé sur les principes généraux la validité juridique du contrat. C'est à eux qu'il s'adressait pour le réglementer. Les promesses de mariage ne sont que des promesses de faire ordinaires, sans originalité propre. Le *factum*, en l'espèce, n'est autre chose que le consentement futur à donner lors de la célébration de l'union, le « *oui* » sacramentel à prononcer devant l'officier de l'état civil. Les *sponsalia* sont donc soumises à la règle de l'article 1142. L'exécution effective étant impossible, l'obligation non réalisée se résout normalement en dommages-intérêts.

Les juges, pour arbitrer équitablement l'indemnité, devront tenir compte à la fois de la perte éprouvée *(damnum emergens)* et du gain manqué *(lucrum cessans)* par la victime de la promesse fallacieuse. (1)

« Mais, comme dans toutes les promesses de faire, écrivait Toullier, l'évaluation des dommages est toujours difficile et donne lieu souvent à des contestations et à des procès, le Code permet aux parties de les évaluer elles-mêmes d'avance par une clause pénale qui en tient lieu et de stipuler que celui des contractants qui manquera à sa parole paiera une somme déterminée à titre de dommages-intérêts, sans permettre au juge de la modifier et d'allouer une somme ni plus forte ni moindre (art. 1252 C. C.). Le Code n'a point excepté les promesses de mariage de cette disposition; il faut donc en conclure que, les clauses pénales ajoutées aux promesses de mariage sont valables, aussi bien que celles qui sont ajoutées aux autres promesses de faire. » (2)

---

2 janvier 1855. D. 55, 2, 161; Colmar, 29 juillet 1806, S. chr.; Rouen, 28 février 1815, id.; Colmar, 1er mars 1825, id. et bien d'autres.

(1) « Attendu, dit la Cour de Colmar (arrêt du 29 juillet 1806 précité) qu'outre la perte éprouvée, *l'intimé perd encore les avantages qui lui étaient assurés par un contrat très licite, qu'il y a lieu de l'en indemniser.* » Cette décision, qui rappelle la sévérité de l'ancien droit est la seule, à notre connaissance, dont la doctrine soit aussi absolue en ce qui concerne le *quantum* des dommages-intérêts.

(2) Toutefois, l'excès de la peine stipulée dans une promesse de mariage deviendrait un indice de surprise ou de séduction qui, joint à d'autres cir-

§ II. — ***Réfutation du système précédent.*** — Malgré la solidité de ses arguments accumulés, la forte doctrine de Toullier et de Merlin (1) est aujourd'hui reléguée dans le musée juridique des théories démonétisées. Elle a été assez rapidement remplacée par un autre système d'apparence plus libérale; mais, qui malgré les principes opposés dont il s'inspire, aboutit, par l'interprétation qu'il a reçue, à des conclusions à peu près identiques.

L'autonomie de la volonté ne saurait, dit-on, être consacrée sans limites (2). Il est des règles légales intangibles. Au moment du mariage, la liberté des parties doit être entière; il échappe à leur pouvoir de l'entraver; c'est un principe d'ordre public contre lequel vient se briser l'essor de la volonté (3). On ne peut, par aucune convention, aliéner, avant l'heure du mariage, la plus petite parcelle de cette liberté que la loi tient pour si précieuse qu'elle annule sans pitié, par application des articles 1131 et 1133 du C. C, tous les arrangements privés qui tendraient à la diminuer. Les fiançailles sont donc inopérantes en droit civil; l'engagement tout moral qui en résulte n'a d'effet qu'au regard de la conscience et ne relève que de l'honneur.

Par suite, la *stipulatio pœnæ*, jointe à la promesse

---

constances, pourrait en faire prononcer la nullité. » Toullier, *op. cit.* t. VI, n° 301.

(1) La validité des fiançailles a été, en outre, soutenue par Chardon, *Traité du Dol et de la Fraude* (1828) t. 3, p. 123 : « Quand deux personnes libres et capables de se marier s'en font la promesse, elles contractent légitimement. » — Zachariæ, *op. cit.*, t. I, p. 189 : « L'obligation qui résulte d'une promesse de mariage est une obligation de faire...; comme toute obligation de faire, elle se résout en dommages-intérêts à la charge de celui qui refuse de conclure le mariage qu'il a promis. » — Voy. aussi, dans le même sens, Delvincourt, I, p. 127; Maleville (sur l'art. 172); Duranton, II, 187; X, 319 à 321 et 369; Favard, *Rép.* V° *Oblig.*, section II, n° 2.

(2) Il y a, d'ailleurs, ici, une bonne raison d'écarter l'art. 1134 sur l'autonomie de la volonté. Le mariage est un contrat solennel. Or, si l'art. 1134 s'appliquait aux fiançailles, il faudrait admettre comme conséquence nécessaire que la promesse de donation est obligatoire et autorise l'exercice d'une action. Or, personne ne l'a jamais soutenu.

(3) « Le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment de la célébration et doit, à ce moment, être dégagé de toute espèce de contrainte. » Aubry et Rau, *op. cit.* t. V, § 454, note 26.

de mariage, tombe nécessairement avec celle-ci (arg. a. 1227 C. C.) (1), car la menace d'une peine pécuniaire serait souvent suffisante pour faire hésiter entre un sacrifice d'argent et une union consentie à regret. Et, si la balance penchait en faveur de cette dernière, quel résultat déplorable !

On soutient, dans l'opinion adverse, qu'il n'est digne ni de la loi, ni de la justice de se prêter aux fraudes des parties. Avant les fiançailles, les futurs époux ont recueilli tous renseignements utiles; il est inique de leur permettre de se retirer sans motifs et d'abandonner des projets qu'ils ont formés en pleine connaissance de cause.

Sans doute ! mais ces convenances, que l'on prétend exister lors des promesses échangées, peuvent avoir disparu aux approches immédiates du mariage. L'enquête antérieure aux fiançailles est parfois superficielle; plus tard seulement, après des relations plus suivies, l'étude respective que les deux parties continueront à faire de leur caractère, de leurs qualités, de leur conduite, sera poussée plus à fond. Un examen attentif pourra modifier les premiers sentiments et inspirer d'autres résolutions. Parfois, à la dernière heure, survient inopinément la révélation d'une circonstance ignorée jusque là, et de nature à rendre, désormais, tout mariage impossible. Il serait immoral et cruel d'imposer, malgré tout, l'accomplissement d'une union, qui, mal assortie, serait vouée aux pires destins.

---

(1) Peu importe, d'ailleurs, qu'elle soit formellement stipulée ou déguisée sous forme de reconnaissance ou de quittance de dot insérée dans un contrat de mariage, Nîmes, 25 janvier 1839, S. 39, 2. 177, ou dans un billet causé pour prêt. Cass. 7 mai 1836. D. 36. 1. 161. — Voici une espèce curieuse : Dans un acte, un homme promettait à une fille de l'épouser et s'engageait, dans le cas où il contracterait un autre mariage, à lui payer une certaine somme, en ajoutant que, s'il venait à décéder avant d'être marié, cette même somme serait payée à cette fille par ses héritiers. Il a été jugé que l'acte dont s'agit, bien qu'écrit en entier, daté et signé de la main de son auteur, ne pouvait être considéré comme un testament et qu'on ne devait y voir qu'une simple promesse de mariage avec clause pénale, l'une et l'autre également nulles. Caen, 6 mars 1850, *Rec. des arrêts Caen*, 1850 p. 572 et D. 55. 2. 364. Voir encore Dijon, 10 février et 27 mai 1892. D. 93. 2. 183. Parmi les auteurs, partisans de la nullité de la clause pénale, citons Aubry et Rau, *op. cit.* T. V., § 454, p. 36, note 26; Demolombe, t. I, n° 31, et Laurent, t. II, n° 308.

Or, n'est-ce pas un moyen détourné de l'exiger que de sanctionner pécuniairement le refus d'y consentir ?

Le mariage, répète-t-on à satiété, n'est heureux que s'il est librement consenti. Et cependant, enseignait Toullier, la loi tolère la charge ou condition de se marier avec telle personne, jointe à une disposition à titre gratuit. La volonté du bénéficiaire est ici bien instamment sollicitée, le libre arbitre bien près de s'évanouir. Or, si dans cette hypothèse, la loi n'empêche pas cette entreprise contre la liberté individuelle, elle ne doit pas logiquement la prohiber davantage dans la nôtre. Nous sentons, en effet, dans notre fond intime comme un besoin d'égalité juridique, en vertu duquel les mêmes situations de fait nous paraissent comporter les mêmes solutions de droit.

Contre cette observation, nul ne s'inscrit en faux ; mais il est facile d'apercevoir que les deux cas, mis en parallèle, n'offrent pas une sérieuse identité et ne légitiment pas, par suite, l'extension analogique. Le danger qui restreint la liberté matrimoniale est loin d'être également fort dans les deux espèces ; il y a, entre elles, toute la distance de la perte au manque de gain ; dans la promesse de mariage, une perte effective menace celui qui refuse de l'accomplir ; dans la disposition à charge d'épouser une personne déterminée, c'est seulement un manque de gain (1). L'on comprend que la liberté de se décider reste à peu près entière en présence d'un défaut d'enrichissement, tandis que la perte réelle, la diminution du patrimoine l'atteint gravement (2).

D'ailleurs, il est d'une mauvaise méthode d'argumenter d'une solution contestée. Beaucoup d'auteurs n'admettent pas que le disposant puisse désigner individuellement la

(1) « Aliud est enim eligendi matrimonii pœnæ metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari. » Papinien, L. 71, § 1. D. *De Cond. et demonst.* XXXV, 1.

(2) Vidal, p. 123, *Moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques.* Rec. Ac. Lég. Toulouse, 1883-84, p. 75 et s.

personne dont le mariage avec le bénéficiaire est la condition essentielle de la libéralité. Certains la considèrent comme contraire aux bonnes mœurs, et par application de l'article 900 du Code civil, la réputent non écrite (1).

Les promesses de mariage sont donc sans valeur. Le contraire était reçu dans notre jurisprudence ancienne; mais si l'on songe aux expédients de procédure adoptés alors, à l'intervention, en notre matière, des Officialités, on se convaincra sans peine, que notre droit séculier moderne devait répudier un pareil héritage; il répugnait à son esprit de s'inspirer de précédents où la part était faite trop large aux gens d'Église, qui avaient tenté, non sans succès, de donner aux *sponsalia* leur maximum d'efficacité.

Laurent avait beau jeu pour relever le défi que Merlin avait autrefois jeté aux docteurs : « Peut-on dire, expose-t-il, que les principes généraux applicables aux choses régissent aussi le mariage ? L'obligation de faire suppose qu'il y a un débiteur et un créancier. L'article 1142 dit que le débiteur est condamné à des dommages-intérêts, s'il n'exécute pas l'obligation qu'il a consenti de faire. Est-ce que, dans les promesses de mariage, il y a un créancier et un débiteur ? Chose remarquable ! Toullier, en transcrivant l'article 1142, omet les mots : « *de la part du débiteur* ». Sa plume s'est refusée à transcrire des mots qui jurent avec la doctrine qu'il soutient. Non ! une promesse de mariage n'est pas une promesse faite par un débiteur à un créancier. Le mariage est le lien de deux âmes. Ce mot n'est pas d'un poëte ou d'un philosophe ; il a été prononcé au sein du Conseil d'État par un esprit éminemment positif : le premier Consul. » — « Les dommages et intérêts, poursuit plus loin Laurent, sont l'équivalent de l'exécution non obtenue. Eh bien ! conçoit-on que celui, à qui son fiancé manque de foi, demande et obtienne, sous forme de dommages-intérêts, l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire, le profit,

(1) Ainsi, Laurent T. XI, n° 499; Bastia, 2 juin 1828; Cass. Rejet 13 mai 1813, Dalloz, V° *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n°s 136 et 141.

l'avantage que lui aurait procuré le mariage ? Conçoit-on que le juge se mette à calculer ce que peut valoir en pièces de cent sous l'union des âmes ? » (1)

Laurent affirmait ainsi que les fiançailles étaient radicalement nulles. Et il avait raison. La loi, aujourd'hui, les méconnaît. Elles sont mortes en tant que contrat.

Déjà, en 1814, un arrêt de Cassation se prononça en ce sens ; mais il fut sans répercussion (2). En 1834, un arrêt de Bastia, en l'un de ses attendus, nous indique que la jurisprudence est encore flottante (3). La période des tâtonnements dura peu. En 1838, la Cour suprême est définitivement fixée. « Toute promesse de mariage est nulle en soi, comme contraire à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage. » (4)

Les décisions qui ont accueilli cette doctrine, désormais classique, se sont succédé si nombreuses et si formelles (5), qu'à l'heure actuelle, aucun revirement jurisprudentiel n'est à prévoir.

SECTION II. — LA RUPTURE DES FIANÇAILLES ET LA THÉORIE DE LA *culpa in contrahendo*.

Le contrat de fiançailles n'existe donc plus aujourd'hui en sa pleine vitalité ancienne, mais une théorie récente s'est ingéniée cependant à lui infuser encore, au moyen de

(1) Laurent, *op. cit.* t. II, n° 305.

(2) Cass. Ch. Civ., 21 décembre 1814, D. *Rép.* V° *Mariage*, n° 90, p. 183, note 1.

(3) « Attendu que, *malgré que la jurisprudence ne soit pas encore fixée* sur le point de savoir si, d'après le Code civil, une promesse de mariage est nulle de plein droit comme contraire aux bonnes mœurs et à la liberté des mariages, ou si elle est licite et valable, ainsi que le soutient Toullier, et l'ont décidé plusieurs cours du royaume... » Bastia, 3 février 1834. S. 1834, 2. 355.

(4) Cass., Ch. Civ., 30 mai 1838, S. 38, 1, 492.

(5) V. notamment : Lyon, 10 juillet 1869. D. 70. 2. 290 ; Cass. Req. 16 janvier 1877. D. 77. 1. 85 ; Paris, 16 décembre 1874. D. 76. 2. 236 ; Trib. Villefranche, 16 juin 1881. *Mon. jud. Lyon* du 19 septembre 1881.

certains artifices, une apparence de vie assez solide pour lui rattacher, comme à un fantôme, divers effets secondaires qu'en vérité, exigeait l'équité.

Dans une thèse appréciée, œuvre de science autant que de conscience, M. Legros (1) a adapté à notre contrat chancelant la théorie célèbre de Ihering sur la **culpa in contrahendo** (2). — Lorsque l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas en jeu, il ne suffit pas, d'après ce système, de déclarer un contrat nul pour le priver par cela même de tout effet juridique. La nullité doit être entendue dans un sens restrictif. Une chose hors du commerce est vendue. Le vendeur ne sera pas obligé de livrer la possession de la *res vendita*, ni l'acheteur d'en acquitter le prix. De même, si deux personnes se fiancent; en exécution de leurs accords, elles ne sauraient être tenues par une obligation de droit de procéder, malgré elles, au mariage. Mais, dans les deux exemples que nous signalons, la nullité des engagements des parties ne signifie pas que le contrat n'a jamais eu d'existence. Le Droit puise ses conceptions dans les réalités vivantes. Les subtilités les plus affinées sont sans valeur pour mettre à néant ce fait qui s'impose à l'évidence : deux personnes se sont rencontrées sur la scène juridique pour conclure une convention. La nullité des fiançailles, — puisque c'est sur elles que nous raisonnons, — n'enlève pas aux intéressés leur qualité de contractants. Si les fiancés ne veulent plus donner suite à leurs projets, les conséquences

(1) Albert Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, Thèse (Dijon 1900) p. 151 et s. (surtout p. 156).

(2) Le sujet traité par M. Legros était à peu près inconnu de Pothier qui, se contentant de l'effleurer, nous a fourni, à ce propos, des solutions plutôt que des principes. *Traité de l'obligation*, n° 19; *Traité du contrat de vente*, n° 32. — Le point de départ de toute la littérature, aujourd'hui très abondante, sur la *culpa in contrahendo* fut un article de Ihering paru en 1860 dans une revue allemande. En France, M. Saleilles a exposé, en raccourci, la matière dans sa « *Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* »; il y est revenu depuis dans son dernier ouvrage sur « *la Déclaration de volonté* ». Enfin, en dehors de la thèse de M. Legros, il faut citer le travail excellent de M. Roux, *Des Dommages-intérêts pour nullité de contrat*, thèse (Paris 1901); *Adde* : Barde, *Des Obligations* (dans la collection Baudry-Lacantinerie), t. I, n° 362.

régulières et normales du contrat ne se réaliseront pas, mais son inefficacité ne sera point telle qu'il ne produise, tout au moins, quelques effets accessoires. Malgré la nullité qui les affecte, il restera aux fiançailles encore assez de vigueur pour que leur rupture immotivée engendre, en vertu de cette bonne foi qui est l'âme des conventions, diverses obligations secondaires (1). La principale, ou, si l'on préfère, l'unique, résidera en la prestation d'une indemnité à la partie lésée dont le dommage constitue précisément l'intérêt *(negative vertrags interesse)* qu'elle aurait eu à ne pas s'aventurer, en raison de ses suites fâcheuses, dans le contrat nul de fiançailles. Sans doute, dit-on, en fin de compte, la promesse de mariage est nulle; elle n'en demeure pas moins, dans l'ordre des faits, comme un accord qui, s'il n'oblige plus à solenniser le mariage, contient, toutefois, de la part de chacun des fiancés envers l'autre, l'engagement tacite de s'abstenir de faute dans les préliminaires de l'union entrevue. Si l'abandon du fiancé est immérité, les dommages-intérêts alloués, ainsi que dans l'ancienne jurisprudence, auront donc, en dépit de l'invalidité de la promesse, une origine nettement contractuelle.

Nous n'ignorons plus maintenant, au moins dans ses grandes lignes, la théorie d'Ihering dont M. Legros s'est servi fort habilement, — et c'est, à notre connaissance, le seul auteur qui l'ait tenté, — pour essayer de justifier, en matière de rupture fautive des fiançailles, l'attribution d'une indemnité à la partie délaissée.

Il ne nous appartient pas, car cela dépasserait le cadre de notre travail, d'apprécier ici dans son principe directeur, le système de Ihering. Nous ne croyons pas, toutefois, qu'il

---

(1) Voy. ce que dit M. Saleilles, à propos de la vente d'un objet hors du commerce : « Dans un contrat de bonne foi, lorsque deux parties s'abouchent pour entrer en relations d'affaires, il y a tout au moins une première convention qui se forme en dehors de toute autre obligation spéciale, c'est l'engagement de part et d'autre de faire en sorte de ne pas se nuire réciproquement. » *Alors même que la vente, en tant que vente, vient à tomber, cette convention spéciale, qui en est indépendante, doit subsister.* » *L'obligation en droit allemand*, (2e éd.), p. 168.

suffise, pour le réfuter, de déclarer avec de Savigny qu'un contrat nul est comme s'il n'avait jamais existé et ne peut, dès lors, produire dans le domaine de la responsabilité contractuelle, aucun effet si restreint qu'on le suppose (1).

Mais, en admettant assises sur un fond solide et bien équilibré les constructions de Ihering, nous avons remarqué que les exemples qu'il nous donne à l'appui de ses déductions, tous empruntés sans exception au droit patrimonial, étaient complètement étrangers au droit de famille (2). Le mariage et ses préliminaires sont d'une nature toute spéciale, et les principes généraux, nous le savons, ne sont pas aisément transportables à cette délicate matière, réglementée de si près par tous les législateurs. D'ailleurs, observe M. le professeur Saleilles, la théorie allemande, applicable quand le contrat est défendu par la loi, ne l'est plus quand la prohibition se réfère à une question d'ordre public (3). Or, que signifie aujourd'hui la nullité des fiançailles? Dans un intérêt supérieur, le Code a voulu que le consentement des parties soit absolument libre et sans entrave jusqu'à la minute suprême où les futurs comparaissent devant l'officier de l'état civil. Aucun engagement antérieur n'a pu les enchaîner, et cette inefficacité de tout lien de droit avant la cérémonie définitive semble bien être tirée de motifs d'ordre public et social. Donc, malgré les plus sérieux efforts, le contrat de fiançailles de l'ancien droit, proscrit de notre législation, ne

---

(1) V. la réfutation de Savigny (et de Von Wachter) dans Roux., *op cit.*, p. 22.

(2) V. Roux, *op. cit.*, p. 22 et s.

(3) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 165. — M. Legros, d'ailleurs, le reconnaît lui-même *(op. cit.*, p. 17). « La question de la responsabilité pour nullité de contrat ne se pose pas, lorsque les deux parties ont connu la cause de la nullité, lors de la formation du contrat. Aucune d'elle ne serait alors reçue à demander à l'autre la réparation des conséquences préjudiciables de la nullité parce qu'elle les a acceptées par avance et qu'elle s'y est soumise volontairement. Il en est ainsi lorsque la cause de la nullité figure parmi celles que personne ne serait excusable d'avoir ignorées; par exemple le contrat avait... *un objet dont les deux parties devaient connaître le caractère illégal.* » Or, dans l'état actuel de notre civilisation, ne semble-t-il pas qu'il en soit le plus souvent ainsi en matière de fiançailles?

saurait être, de nos jours, même partiellement ressuscité.

Et, depuis 1838 (1), la jurisprudence l'a toujours ainsi entendu. Nous allons voir bientôt quelle est, en notre matière, sa règle générale d'interprétation. Disons, dès à présent, qu'elle n'a jamais sanctionné les résultats de la théorie qu'on nous propose. Sauf, peut être, pour le fardeau de la preuve, où c'est au fiancé défendeur à établir, pour expliquer son retrait, qu'il a de valables motifs de rupture, rien, dans les arrêts, ne subsiste des conséquences de l'obligation contractuelle. Cela nous apparaîtra très clairement lorsqu'avec les tribunaux, nous aurons à nous prononcer sur le calcul de l'indemnité, la prise en considération du dommage moral, la prohibition absolue de la clause pénale, l'admissibilité des moyens de preuve, l'appréciation, enfin, de la responsabilité de l'incapable. Répudier ainsi, une à une, toutes les conséquences de la théorie contractuelle, n'est-ce point implicitement avouer que le point de départ est faux et, par suite, si nous ne voulons pas abandonner le fiancé malheureux, ne nous faut-il pas trouver, pour le protéger, un système plus solide qui, efficacement, en fait comme en droit, vienne à son secours ?

SECTION III. — LA RUPTURE DES FIANÇAILLES ET LES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL

Dans notre droit moderne, la faillite du contrat de fiançailles est donc bien décidément complète et cependant, même aujourd'hui, les engagements prénuptiaux ne laissent pas de produire encore certains effets. Si sa retraite ne se fonde pas sur une raison sérieuse, le fiancé, traître à sa parole, est toujours condamné à des dommages-intérêts. Ce

(1) Cass. Ch. civ., 30 mai 1838, précité.

n'est pas qu'il ait contrevenu à une obligation dont la loi méconnaît l'existence, mais sa faute a causé à autrui un très réel préjudice. Par une application exacte, — ou, du moins, prétendue telle, — des articles **1382** et **1383** du Code civil (1), une indemnité représentative du dommage éprouvé est due au fiancé délaissé (2).

En fait, les fiançailles officielles ont autorisé les parties à regarder comme sûre la célébration prochaine du mariage. Dans cette prévision, on s'est complu en préparatifs coûteux. Il y a imprudence et, par suite, quasi-délit à induire une personne en dépenses considérables, rendues frustratoires par un dédit inopiné. En outre, bien que sans fondement, un refus inattendu donnera à la malignité publique, toujours en éveil, l'occasion de se répandre en conjectures désobligeantes, en soupçons injurieux qui, vite colportés, chuchotés à voix basse et habilement exploités, seront, à n'en point douter, très fâcheux pour l'honneur et la réputation de la personne éconduite. Son établissement sera désormais plus difficile, sinon impossible.

Il faut donc tenir pour quasi-délictuelle et, en conséquence, réprimer la conduite du fiancé peu consciencieux dont l'inconstance ou la légéreté a été pour l'autre la source d'un sérieux dommage. « Assurément, dit Demolombe, tout projet de mariage est conditionnel et chacun des futurs conserve jusqu'au moment de la célébration la faculté de s'en départir ; mais l'un d'eux ne peut impunément se jouer de l'autre. Il ne lui est pas permis, après l'avoir constitué en frais de le laisser par caprice, par cupidité peut-être et pour se plus richement marier. Et c'est pourquoi le refus

---

(1) « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (a. 1382). — « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. » (a. 1383.)

(2) Parmi les auteurs qui admettent cette théorie, citons : Demolombe, *op. cit.*, t. I., n° 28 et s.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 454, p. 33, texte et note 26; Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. I, p. 350, n° 225; Laurent, *op. cit.*, t. II, n° 308; Glasson, *Du Cons. des ép. au mariage;* Vidal, *op. cit.*, p. 43 et s.

d'exécuter une promesse sérieuse peut, suivant les circonstances, dégénérer en un fait délictueux et donner à la partie lésée le droit d'en demander la réparation. » (1)

Ainsi l'a proclamé la Cour de cassation en son arrêt-type du 30 mai 1838 (2), et, loin de se démentir, elle a confirmé, de plus fort, sa doctrine, le 16 janvier 1877 (3).

Admettant l'inefficacité radicale des fiançailles, mais décidés à adapter aux faits l'idée de justice, les tribunaux devaient en arriver là. Ils se trouvaient en présence de situations qui, impérieusement, réclamaient leur aide et secours; il eût été inique de débouter de leurs demandes les victimes d'une mauvaise foi insigne, en déclarant, sans pitié, que leurs griefs ne valaient pas une instance !

L'équité exigeait une réparation. Comment la concilier avec les principes de la responsabilité délictuelle ? N'est-il pas étrange de punir la rupture des fiançailles, — même arbitraire, — quand on a hautement affirmé, au préalable, leur nullité ou mieux leur inexistence ? *La lex Aquilia* voulait déjà que le dommage ait été causé sans droit *(injuria)* et cette prescription, le Code civil l'a reproduite. Or n'est-on pas toujours libre de ne tenir aucun compte d'un engagement que la loi n'admet pas ? Il n'y a pas faute à violer, — le ferait-on par caprice, — une promesse sans valeur. Nous voyons fort bien le préjudice causé par une rétractation sans motifs; mais la faute légale ne nous apparaît pas. Dans ces conditions, l'intervention des arti-

---

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. III, n° 28.

(2) On y lit notamment : « Attendu que sans porter atteinte à ce principe (la liberté illimitée du mariage) l'arrêt attaqué a pu décider que l'inexécution de semblables promesses pouvait, dans certaines circonstances, donner lieu à des actions en dommages-intérêts, lorsque cette inexécution avait causé un préjudice réel, parce que, dans ce cas, *l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et de l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer.* » Sirey (1838) I. 492.

(3) Cet arrêt fameux de la Chambre des Requêtes est précédé d'un très remarquable rapport de M. le conseiller Onofrio, D. 77. I. 85.

cles 1382 et 1383 est inadmissible (1). « Lorsque la rupture, dit M. Vidal, sera due simplement (2) à un changement de volonté fantaisiste et que la promesse de mariage aura été échangée loyalement, en dehors de toute manœuvre frauduleuse, il semble que ce changement de volonté soit licite, quoique non justifié, et ne puisse être considéré comme un délit ou quasi-délit civil entraînant une responsabilité pécuniaire. » (3)

Celui qui a promis le mariage est tenu par un engagement d'honneur, non par un lien de droit. Son obligation est nulle par suite de la condition purement potestative « *si voluero* » qui l'accompagne (a. 1174. C. C.) (4). Il a donc la faculté de revenir sur sa parole à tout moment, après les publications comme après la signature du contrat notarié, sans donner d'autre raison de sa conduite que ses convenances personnelles ou son bon plaisir et sans s'inquiéter du dommage qu'il causera. Sa conscience peut protester contre une pareille attitude, mais non le Droit: *Nemo damnum fecit qui id fecit quod facere jus habet.*

A quel titre, d'ailleurs, la partie abandonnée se plaindrait-elle ? Elle est allée imprudemment au-devant du préjudice. Pourquoi a-t-elle cru à un engagement dont elle n'ignorait

---

(1) « Qu'est-ce qu'une faute ? C'est tout ce qu'on fait sans en avoir le droit ou ce qu'on néglige de faire quand on devait le faire. Chacun des fiancés a le droit de rompre l'union projetée, puisque l'engagement contracté est sans valeur légale. » Bona-Christave, *Étude sur les promesses de mariage* (Paris, 1882), cité par Duméril : *La séduction et la rupture de la promesse de mariage*, Revue générale du Droit (1884) p. 30 et s.

(2) En effet, si le dédit se complique d'autres faits accessoires, tels qu'une séduction suivie de grossesse, des expressions injurieuses accompagnant la signification de la rupture, des imputations diffamatoires, écrites ou verbales; un abus de confiance consistant à obtenir le mariage à l'Église seulement (Bastia, 3 février 1834. 5. 34. 2. 335); il est évident que dans tous ces cas et autres analogues, ayant précédé, accompagné ou suivi la rupture, des dommages-intérêts seront dus. Ils constituent en eux-mêmes, et par leur seule force, des manœuvres dolosives nettement caractéristiques du délit civil. Il pourra même y avoir lieu, le cas échéant, à des poursuites correctionnelles.

(3) Vidal, *op. cit.*, p. 125.

(4) « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part du débiteur. » *a. 1174. C. C.*

pas les risques puisqu'elle savait qu'il ne liait pas son auteur ? Le tort qu'elle a souffert, elle devait le prévoir, et, lorsqu'elle en demandera compte, on lui répondra avec raison : *Volenti non fit injuria.*

Et puis, si on accorde des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382, comme il y a, le plus souvent, préjudice moral, — au moins quand la rupture blessante émane du fiancé, — il y aura presque toujours aussi ouverture à action. Dès lors, la menace d'une instance, suffira à restreindre, sinon à supprimer, cette liberté absolue que l'on veut conserver, même malgré eux, aux futurs époux, parce que, jusqu'à la dernière heure, il importe qu'ils restent maîtres de leur choix.

Si nous tenons à sauvegarder efficacement cette liberté précieuse qui est de l'essence du mariage, remettons en vigueur la doctrine du droit romain classique. Le danger était prévu et écarté; il était interdit de prononcer une condamnation pécuniaire pour inexécution d'une promesse réputée inexistante.

La logique nous commande aujourd'hui la même solution. L'exercice du droit de rétractation, reconnu par la loi, vu par elle sans défaveur, ne peut être puni à raison de ses conséquences malheureuses. Le fiancé qui, sans excuse avouable, se retire, manque à ses devoirs, mais il n'use que de son droit. Peut-être porte-t-il soigneusement caché dans un repli de son cœur un motif très légitime de refus honorable qui, par sa nature intime, échappe à l'appréciation des tribunaux, composés de juges et non pas de censeurs. « En le forçant à s'expliquer au grand jour, ne provoque-t-on pas de sa part, observe M. Huc, une réponse analogue à celle faite par ce Romain que l'on blâmait de vouloir répudier une femme irréprochable : « Moi seul, puis savoir où mon « soulier me blesse ! » — « Les décisions de la jurisprudence moderne, ajoute l'éminent auteur, ne se comprennent qu'à la condition de considérer les promesses de mariage comme obligatoires. Les artifices de rédaction ne pourront empêcher qu'en réalité, il en soit ainsi : on fait produire à

ces promesses, sous forme de dommages-intérêts, des conséquences en opposition directe avec leur caractère. » (1)

SECTION IV. — LA RUPTURE DES FIANÇAILLES ET LE SYSTÈME DE L'*abus du droit*.

Nous croyons cependant que, malgré l'inefficacité civile des fiançailles, les décisions de la jurisprudence pourraient se justifier aisément au moyen de la théorie toute nouvelle de l'**Abus du droit** que quelques arrêts ont déjà invoquée, mais sans le dire parfois, semble-t-il, avec toute la netteté désirable (2).

Jusqu'à ces dernières années, le droit était un concept abstrait et, par essence, une entité absolue, n'admettant pas de puissance rivale, capable de contrebalancer tous les

---

(1) V. Huc, *op. cit.* t. II, n° 6. — Le pourvoi, en suite duquel a été rendu l'arrêt de rejet de 1877 déjà cité, mettait en pleine lumière ces diverses objections contre la théorie des dommages-intérêts délictuels (D. 77. 1. 85). Diverses décisions, les unes anciennes (Gand, 19 juin 1835, D. *Rép.* V° *Mariage* n° 84; Aix, 23 février 1865. S. 66. 2. 28); d'autres, plus récentes, se sont inspirées d'idées identiques à celles que nous exprimons ici : T. Châteaudun, 6 août 1896, *Gaz. Pal.* du 28 août 1896). « Attendu que *l'art. 1382 du C. C. est, comme l'art. 1142, inapplicable à la promesse de mariage elle-même...* Attendu que le pur caprice ou la tardivité de la rupture, quelques regrettables qu'ils puissent être comme dans l'espèce, ne constituent de la part de la veuve L. que l'exercice d'un droit incontestable et, par suite, ne peuvent constituer leur auteur en faute vis-à-vis du sieur R... Par ces motifs... Déboute. » Voy. également Aix-la-Chapelle, 4 avril 1891. D. 93. 4. 42. *Adde :* Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, t. III, p. 467, n° 1352 : « L'exécution d'une promesse de mariage ne pouvant être exigée, *celui qui la refuse ne fait qu'user d'un droit que la loi lui reconnaît formellement.* »

(2) D'après la conception germanique, tout droit a pour corollaire obligé un devoir et contient, en lui-même, une limite morale. Cette idée s'est fait jour, en France, dans un grand nombre de décisions judiciaires, notamment dans Cass. Ch. civ. 22 juin 1892, S. 93. 1, 41 et les notes; Cass. Ch. civ. 9 juin 1896, avec conclusions de M. l'avocat général Desjardins, S. 97, 1. 25 et la note. — Sur la théorie générale de l'*Abus du droit*, voy. Jean Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, p. 132 et suiv. Thèse (Montpellier, 1901); Charmont, *Rev. crit.* (1898) p. 137 à 145 et *Rev. trimestrielle de Droit civil* n° 1 p. 113 et suiv.; notes Meynial, sous Trib. fédéral suisse, 2 février 1895, S. 97. 4. 9 et sous Ch. crim. (Rejet) 29 avril 1897, S. 98, 1, 473.

effets utiles que l'on était autorisé à en tirer. Il existait *en soi* et il était permis de l'exercer avec la plus extrême rigueur sans que l'ayant droit puisse jamais être considéré comme répréhensible. Pour obtenir de son droit le maximum de rendement, on pouvait en presser le ressort jusqu'à l'excès, sans se préoccuper de savoir si, dans sa détente, il ne se heurterait pas au droit d'autrui : *Nœminem lœdit qui suo jure utitur !*

Le temps a mordu sur la formule romaine et l'a fortement ébréchée. Aujourd'hui, il répugne à notre conscience juridique, plus affinée, de laisser les facultés légales s'épanouir sans entrave. Aucun des droits individuels n'est sans contrepoids. Chacun doit être maintenu dans un juste équilibre et restreint dans des limites normales et moyennes, car tous ont une mesure au delà de laquelle leur exercice devient illégitime et constitue un abus qui, pour aucun d'eux, n'est plus désormais toléré. C'est, sans contredit, pour chaque partie, user de son droit que de ne pas consentir au mariage promis quand, mieux éclairée, elle a de sérieux prétextes de revenir sur sa décision première. C'est certainement en abuser, au contraire, et commettre une faute que de se dérober sans motifs à des engagements dont la rupture est susceptible de causer à l'abandonné un si grave préjudice matériel et moral. Peu nous importe, d'ailleurs, que le fiancé qui brise par caprice un lien qui lui pèse, agisse sans intention dolosive et sans but malicieux Pour nous, le seul fait qu'on use d'un droit n'est pas exclusif de la faute et si, de son exercice rigoureux résulte pour quelqu'un un dommage, il doit être complètement réparé (1). Il convient, en effet, de résoudre ici d'après l'équité le conflit des intérêts en présence. Le droit de répudier à volonté sa promesse vient entamer le droit rival

(1) C'est la théorie de Larombière, professée par M. Sauzet, *Étude sur le nouvel art. 1780 du C. C.* (Annales de Dr. Commercial, 1898). Sur des opinions divergentes, considérant que l'usage d'un droit n'est abusif que lorsqu'il a pour *unique et principal motif la volonté de nuire*, Voy. Bosc, *op. cit.* p. 144 et suiv.

qu'a le fiancé honnête et irréprochable de ne pas voir son avenir ruiné et sa réputation flétrie par une rupture qui, bien qu'imméritée, ne sera pas, si elle se produit, sans laisser dans le public des traces fâcheuses et des souvenirs regrettables. Il ne suffit pas que des projets matrimoniaux aient, sans raison, cessé de plaire pour que l'on soit fondé à n'y plus donner suite ; si l'on ne veut qu'user de son droit, il faut, de plus, pouvoir alléguer, à l'appui de sa conduite, de justes motifs de dédit.

Quelques décisions judiciaires se sont prononcées en ce sens. Dans le duel entre l'auteur du dommage et la victime, en prenant nettement parti pour celle-ci, elles nous apparaissent toutes comme autant d'infiltrations de l'équité glissées dans la théorie du délit civil.

« Considérant, dit un arrêt de Paris du 16 décembre 1874 (1), que c'est agir dans la plénitude d'un droit inattaquable que de dénoncer l'alliance promise lorsqu'il est survenu un fait, un incident imprévu et grave, touchant à l'honneur ou à la dignité des personnes ou de nature à compromettre l'avenir des futurs époux et de la famille, alors que ce fait, connu plus tôt, eût sûrement empêché l'échange des promesses. »

La Cour donne ainsi très clairement à entendre, — elle l'affirme même par *à contrario*, — que la renonciation à l'union projetée eût constitué *un abus certain du droit* et, par suite, un quasi-délit civil si, dans les circonstances du procès, elle se fut révélée comme injustifiée.

« Attendu, déclare le tribunal de Chartres (2), que lorsque deux personnes se sont promis le mariage, elles sont libres de se rétracter et que cela ne constitue point la violation d'une obligation valable. » — « Attendu, en l'espèce, que L.

---

(1) Paris, 16 décembre 1874. S. 75. 2. 112. Cp. Alger, 9 avril 1895. D. 95 2. 320 : « L'inexécution d'une promesse de mariage, due au fait du père de la future, ne peut donner lieu à une réparation pécuniaire au profit du fiancé délaissé, si celui-ci ne prouve pas qu'elle lui a causé un préjudice *et a constitué de la part du père de famille un* **exercice abusif de ses droits.** » *Adde* : Trib. Vannes, 18 mai 1900, *Gaz. Trib.* 16 juin 1900 et *Rec. Gaz. Trib.* 1900, 1er sem. 4, 111, V° *Séduction*.

(2) Trib. Chartres, 21 janvier 1897, *Gaz. Trib.* du 28 janvier 1897.

n'a fait qu'user de son droit et qu'il *n'aurait commis une faute que s'il eut abusé de ce droit,* en se retirant par caprice et sans prétexte. »

Telles sont les trop rares décisions qui, très heureusement, à notre avis, ont, en termes formels, fait à notre matière une saine application de la notion de l'*abus du droit*. Comme cette théorie n'est pas, à l'heure actuelle, complètement cristallisée, la jurisprudence, encore en travail, n'y a pas toujours eu recours dans les attendus de ses arrêts. Leurs dispositifs attestent cependant que le fiancé délaissé à la légère n'est jamais débouté de sa demande. Les tribunaux, impressionnés par le préjudice subi, ont voulu le réparer; mais, alors, oublieux de la théorie de *l'abus du droit*, ils ont été assez embarrassés pour trouver la faute génératrice du dommage (1), et, à vrai dire, ils l'ont parfois laissée quelque peu de côté (2). — Ils n'en avaient certainement pas le droit. Nous croyons erroné, en effet, le système de M. Saleilles (4) qui, en dehors de toute idée de *faute*, admet la responsabilité du *simple fait* de l'homme qui cause un tort à autrui. Sans vouloir discuter ici cette doctrine, nous pensons que de l'examen des articles 1382 et 1383 du Code civil, il résulte

---

(1) V. Bosc, *op. cit.*, page 230 et *suprà* p. 139 et s. — « Peut-être pourrait-on, objecte M. Bosc (p. 232), trouver la faute non dans la rupture, mais dans la promesse elle-même; en s'engageant à la légère, en prenant un engagement qu'il n'a pas pu tenir, le fiancé a commis une imprudence, dont il doit subir les conséquences. » — Cela revient à soutenir, ou à peu près, « que l'on nuit à quelqu'un en lui promettant le mariage, et par cela seul; et on ne le fera jamais ! On dira peut-être que par le fait de promettre le mariage, on s'engage à tenir une conduite déterminée, de laquelle, si l'on s'écarte, on commet une faute qui vous rend responsable. Mais c'est précisément là l'inexécution de la convention, la faute contractuelle dans sa notion élémentaire et irréductible. » Giraud, *op. cit.*, p. 742. Or, nous savons que la jurisprudence moderne a évolué sur le terrain diamétralement opposé de la faute délictuelle.

(2) Voy. notamment Cass. Req , 12 novembre 1901, *Gaz. Trib.* 7 février 1902; Trib. civ. Seine, 13 janvier 1898, 2e sem. 2 139; Trib. Termonde, 28 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 91, 1, 468; Trib. Gien, 21 janvier 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2. 536.

(3) « Ce qui domine la formule de l'a. 1382, c'est l'idée qu'il n'y a plus à distinguer parmi les faits dommageables. Toute l'ancienne tradition avait épiloguê sur les faits dont il pourrait être dû réparation; *désormais ce sera tout fait dommageable* **quelconque** *qui impliquera droit à une indemnité.* » Saleilles, *Les Accid.. du trav. et la Resp. civile,* chap. VII.

que *la faute* est la condition nécessaire de la responsabilité édictée par ces textes (1).

D'où il suit que la jurisprudence est sans base légale (2) quand elle ne se rattache pas aux principes de l'*abus du droit* qui, seuls, en présence de l'invalidité absolue des fiançailles en tant que contrat, lui permettent de constituer juridiquement en faute et, partant, de condamner le fiancé qui *abuse* du dédit en se rétractant sans raison avouable.

SECTION V. — DES JUSTES MOTIFS DE RUPTURE

Mais alors une question se pose : Quels sont les motifs qui, exprimés par le défendeur, enlèveront à la rupture son caractère abusif et vexatoire ? (3) La réponse est assez vague; les causes de dissolution légitime doivent être de telle sorte qu'elles auraient vraisemblablement formé un obstacle à la conclusion des fiançailles, si elles avaient été connues auparavant. C'est là, avant tout, une question de pur fait dont la solution est soumise à la libre appréciation des tribunaux; aussi, au lieu de s'attarder à la

---

(1) La doctrine de M. Saleilles fait trop bon marché du mot faute. « Si le législateur avait voulu seulement exprimer la relation du fait à l'agent, il aurait écrit : « *oblige celui qui en est l'auteur* ». On aurait supprimé le mot *faute*. Si le législateur s'est servi ici du mot faute, c'est qu'il pensait bien ne devoir fonder la responsabilité que sur une faute. Et c'est peut-être parce qu'il n'a même pas songé à la responsabilité du simple fait qu'il n'a pas pensé à mettre le mot faute plus en évidence dans la formule de l'article 1382. » Roux, *op cit.*, p. 57.

(2) M. Huc l'a bien compris *(op. et loc. cit.)*. Il ne reconnaît aucune valeur au contrat de fiançailles; il nie, d'autre part, que la rupture de ces dernières, même dommageable, puisse constituer un délit, et, dès lors, ne voulant pas abandonner tout à fait le fiancé malheureux, il lui permet seulement de répéter, conformément au droit commun, les frais qu'il a exposés au moyen d'une *condictio causa data causa non secuta*. Dans ce système, les dommages-intérêts sont bien restreints et ne balanceront qu'une très faible partie du préjudice causé.

(3) « Si celui qui manque à sa promesse avait de justes motifs de ne pas la tenir il n'y a plus ni délit ni quasi-délit. » Laurent, t. II, p. 416. *Adde* : Larombière, *Traité th. et pratiq. des oblig.*, t. IV, a. 1227, § 4.

recherche d'une formule plus précise, vaut-il mieux énumérer quelques exemples toujours vrais, empruntés, pour la plupart, à Pothier et aux auteurs canoniques.

Une maladie grave, une infirmité pénible, la perte ou la diminution sérieuse du patrimoine (1), une condamnation infamante d'une des deux parties ou d'un membre de sa famille, la découverte d'antécédents fâcheux ou d'habitudes mauvaises, des sévices exercés par l'un des fiancés sur l'autre, des relations intimes ou simplement des privautés accordées par la jeune fille à des tiers (2), sa grossesse (3), sauf quand elle est l'œuvre du fiancé, telles sont les causes de dédit le plus souvent invoquées et reçues (4).

Elles proviennent toutes du fiancé abandonné; il en est qui prennent naissance dans la personne de celui qui se retire, « par exemple, dit Pothier (5), s'il m'est survenu quelque maladie, comme la pulmonie, qui ne me permette pas de m'engager dans le mariage sans courir

---

(1) Voy. Demolombe, *op. cit.*, t. III, n° 29. « Il ne s'agit pas de savoir s'il y aurait alors plus de noblesse de cœur à ne pas s'éloigner d'un futur époux malheureusement ruiné. Je pose une question de droit. Or, en droit, je pense que le changement survenu soit dans la personne, soit dans la fortune de l'un des futurs époux, peut être tel que le refus de l'autre à procéder à la célération du mariage soit légalement fondé. » Ainsi, la Cour d'Alger a jugé, le 16 novembre 1894, (S. 95. 2.230) « que la rupture par le futur époux d'un projet de mariage, après les publications, ne saurait entraîner une condamnation à des dommages-intérêts au profit de la future, lorsque le refus de donner suite aux fiançailles est motivé par le défaut d'exécution, de la part du père de la future, de l'engagement qu'il avait pris de constituer une dot à sa fille. »

(2) Rouen, 20 mars 1813. S. chr.; Bordeaux, 23 novembre 1852; D. 56. 2.23.

(3) Sur cette cause spéciale de dédit, voy. *infra* notre chap. v consacré aux « fiançailles accompagnées de séduction et suivies de grossesse. »

(4) « Observez, dit Pothier, que si depuis qu'il est survenu quelque chose à ma fiancée qui fût de nature à fournir un juste sujet de retirer ma parole, et, pareillement si depuis que j'ai découvert pareille chose que j'ignorais au temps des fiançailles, j'ai néanmoins continué à fréquenter ma fiancée, je suis par là non recevable à alléguer cette chose pour me faire décharger de mon engagement, étant censé par cette fréquentation l'avoir confirmée en pleine connaissance de cause. Il en est de même dans le cas inverse. Une fiancée qui a continué de revoir son fiancé, depuis qu'il lui est survenu ou qu'elle lui a reconnu quelque chose, n'est plus recevable à le lui opposer. » Pothier, *op. cit.*, p. 33, n° 63. Cette observation est encore vraie sous le droit nouveau.

(5) Pothier, *op. cit.*, p. 32, n° 61.

risque d'endommager ma santé » ou celle de ma future, aurait-il pu ajouter. En effet, on n'abuse pas de son droit en renonçant à une union dont on ne peut, sans danger pour soi-même ou autrui, remplir l'obligation principale.

Sous l'influence de l'Église, l'ancienne jurisprudence admettait que le jeune homme qui, après réflexion, préférait ne plus se marier pour entrer dans les Ordres, y était autorisé, sans qu'on pût en rien critiquer une conduite digne, au contraire, d'encouragement. Le droit moderne a de toutes autres idées. La loi n'a pas à favoriser l'état ecclésiastique. D'ailleurs, aujourd'hui, le mariage des prêtres est licite. Aussi celui qui manquerait à la foi des fiançailles pour se consacrer à la religion pourrait être condamné à des dommages-intérêts.

Tous ces points sont sans difficulté; mais, parfois, la situation est plus délicate. — Le fiancé allèguera-t-il, avec succès, un accroissement subit de fortune pour ne plus donner cours à ses projets ? Bien que la question ait été autrefois discutée, nous nous rangeons sans hésitation à l'opinion de Pothier : « On ne doit pas supposer dans notre espèce qu'on ait voulu faire dépendre les fiançailles de la condition : s'il n'arrivait pas une augmentation considérable de fortune à quelqu'une des parties, puisqu'on n'y a même pas songé. » (1)

Peut-on enfin justifier la rupture en invoquant le refus du père de consentir à l'union ? Si le futur époux n'a pas encore atteint sa majorité matrimoniale, le défaut d'approbation est un obstacle invincible à la conclusion du mariage; c'est pour le promettant une sorte de cas fortuit qui ne lui est pas imputable (2). D'ailleurs, dans ce cas, le fiancé qui

---

(1) Pothier, *op. cit.* p. 32 et 33. N° 61. L'auteur des *Conférences de Paris* (t. I, p. 181 et 182) soutenait l'opinion contraire. « Il disait qu'il est à propos qu'il y ait dans les mariages égalité de fortune, de peur que le plus riche ne méprise l'autre et que ce mépris trouble la paix du ménage. » A quoi Pothier répondait : « Dès qu'on suppose le fiancé honnête homme, on ne doit pas craindre que la disproportion de fortune le porte à mépriser sa fiancée. Il n'y a que des malhonnêtes gens qui soient capables de ces sentiments. »

(2) En dehors de l'hypothèse toute spéciale, signalée au texte, disons un

s'est abouché avec un mineur n'est pas intéressant; en négligeant de demander l'autorisation familiale, il paraît bien avoir abusé de la faiblesse et de l'inexpérience de celui avec qui il a traité.

Il n'en est plus de même quand le fiancé est majeur. Son âge, d'abord, le met à l'abri de toute surprise; puis, pour se marier, il n'a plus forcément besoin de l'assentiment paternel. Néanmoins, la Cour de Limoges a décidé qu'une jeune fille de vingt-et-un ans pouvait très valablement se rétracter en présence du refus pur et simple de ses parents de s'associer à ses désirs (1). « On ne saurait, dit l'arrêt, trouver le fondement d'une action en dommages-intérêts dans un acte tout de soumission et de respect. »

Nous jugeons cette solution fort contestable. Si les père et mère, pourvus par la loi du droit d'opposition, peuvent empêcher, au moins pour un temps, la célébration du mariage de leur enfant sans avoir à donner de motifs, parce que c'est pour eux l'exercice d'un droit qui leur est conféré afin qu'ils en usent « discrétionnairement et sans contrôle », (2) il en va tout autrement du fiancé dont la liberté d'appréciation n'est pas aussi large; il doit, à notre avis, révéler la juste cause de dédit qui légitime l'opposition de sa famille et que celle-ci consentira sans doute à lui confier si elle s'appuie sur une raison sérieuse (3).

Terminons nos développements par une observation générale. Tout, en pareille matière, dépendra des circons-

---

mot de la responsabilité du fiancé mineur en cas de dédit injustifié. Dans notre système, la responsabilité étant fondée sur l'a. 1382, elle incombe nécessairement à l'incapable, tandis que si l'on accordait encore quelque valeur aux fiançailles en tant que contrat, il importerait, alors, de décider que le mineur, incapable d'assumer une obligation contractuelle, est, par suite, irresponsable de son inexécution.

(1) Limoges, 20 décembre 1859; D. 60. 2. 304.

(2) Alger, 9 avril 1895; D. 95. 2. 320.

(3) Mais déclarera-t-on le père responsable si, par pur caprice, il s'oppose au mariage et si l'enfant, devant son refus, rompt les fiançailles? D'après nous, lui seul peut être condamné si l'enfant est mineur. Dans le cas contraire, la responsabilité du père vient s'ajouter à celle du futur quand, après avoir encouragé les projets de son enfant, il vient à retirer son adhésion sans prétexte plausible. Il ne saurait être poursuivi s'il les a toujours combattus.

tances. « Telle cause insignifiante pour expliquer une rupture dans une classe inférieure de la société, la justifiera parfaitement chez d'autres personnes. » (1) — Le mieux est de s'en remettre à la prudence et à la sagesse des tribunaux.

SECTION VI. — DE L'ÉVALUATION DU DOMMAGE

La rupture sans motifs d'une promesse de mariage sérieuse et bien établie (2) constitue, à notre sentiment, un *abus certain du droit de rétractation*, et entraîne, par suite, des dommages-intérêts (3) au profit de l'abandonné, toutes les fois du moins qu'il en est résulté pour lui un préjudice matériel ou moral.

§ I. — ***Du préjudice matériel.*** — Que comprend le préjudice matériel ? On peut répondre : d'une façon générale, toutes les dépenses qui ont un lien direct et immédiat avec le mariage projeté et qui ne peuvent s'expliquer que par lui. Peu importe d'ailleurs qu'elles soient extraordinaires (4). Il serait téméraire de vouloir énumérer tous les éléments contenus dans cette formule. Il nous suffira d'indiquer les principales espèces que nous offrent les Recueils.

Ainsi, on doit indemniser la partie repoussée de ses frais de voyage, de contrat et de dispense, (Trib. Oran, 7 mai 1894; la *Loi* du 23 octobre 1894; — Paris, 26 juin 1894; S. 94, 2, 264) (5); de la perte subie par suite d'acquisitions que le mariage

---

(1) Glasson, *op. cit.* n° 100.

(2) Nous examinerons plus loin la preuve des promesses de mariage (Chap. III).

(3) Mais, « quand les causes de rupture aussi bien que les dépenses extraordinaires ont été réciproques entre les parties, il y a lieu de les compenser entre elles ainsi que les dépens ». (T. Lyon, 20 février 1880, *Mon. Jud. Lyon*, du 30 juillet 1880.)

(4) T. Lyon, 20 février 1880, précité.

(5) *Adde :* Bordeaux, 26 juillet 1871, *Journ. Arrêts Bordeaux*, 1871, p. 237; Cass. 16 janvier 1877. D. 77. 1. 85, avec le rapport de M. le conseiller Ono-

manqué rend sans objet (Colmar, 18 juin 1818; D. A. 9. 692); par suite encore de la cession d'une part de succession consentie par la fiancée à ses cohéritiers, à l'instigation de son futur (Lyon, 14 décembre 1832; D. 34, 2, 10.)

Il y a lieu également à dommages-intérêts à la charge d'un homme qui se refuse arbitrairement à exécuter les fiançailles quand, en vertu de l'autorisation qui lui était donnée par le contrat notarié déjà rédigé, il a aliéné des immeubles appartenant à sa future. (Montpellier, 20 mars 1835; D. 36, 2, 11.)

De même, constitue un dommage, dont il est dû réparation, la location et l'ameublement d'un appartement en vue de l'installation du nouveau ménage. (Paris, 16 décembre 1874; S. 75, 2, 112.) (1)

Le préjudice matériel existe encore quand il y a eu un premier mariage manqué par le fait de celui qui refuse de consentir au second, (Rouen, 17 mars 1858, *Recueil des arrêts de Caen et de Rouen,* 1858, 2, 214. — *Contra*, Poitiers, 29 mai 1834; S. 34, 2, 354.)

Les dépenses de nourriture faites au profit du futur qui, pendant plusieurs mois, a pris ses repas chez la future sont sujettes à remboursement. (D. 69, 3, 20, *notes.)*

L'allocation d'une indemnité est aussi fondée quand on a fait abandonner à une personne une situation acquise en vue d'un mariage qu'on ne veut plus ultérieurement contracter.

Jugé, en ce sens, que le futur qui rompt un projet de mariage, à une époque voisine de la célébration et alors que le contrat de mariage a été passé entre les parties, que les publications de mariage ont été faites et les lettres de faire part imprimées, doit réparation du préjudice qu'il a causé à la future, notamment par la perte d'une place avantageuse dans une maison de commerce, alors même qu'il

---

frio; T. Bordeaux, 28 janvier 1891, *Journal Arrêts Bordeaux;* T. Termonde, 28 mars 1891, *Gaz. Pal.* 91. 1. 468; T. Epernay, 8 décembre 1892, *Gaz. Pal.* 93, sup. 9. — V. sur l'ensemble de la théorie, Huc, *op. cit.* t. II, n° 7.

(1) *Adde :* T. Dijon, 26 mars 1881, *France judiciaire*, 80-81, 2, 489.

n'aurait pas obéi à un pur caprice et n'aurait agi que par suite d'une susceptibilité excessive et d'un mouvement d'humeur irréfléchi. (Trib. Lyon 5 juillet 1892, *Mon. Jud. Lyon* du 29 juillet 1892.) (1)

Observons enfin que les dommages-intérêts ne sont accordés qu'autant qu'on ne peut reprocher au demandeur d'avoir agi avec trop de précipitation ou de légéreté. Le tribunal de Lyon a décidé, en conséquence, le 6 janvier 1866 (D. 69. 3. 20.), que l'indemnité due par le futur époux qui s'est dégagé ne doit pas comprendre le préjudice résultant de l'inutilité d'une location arrêtée pour l'installation du nouveau ménage, si cette location a été trop hâtive et a précédé, par exemple, la publication des bans et la signature du contrat de mariage.

Il faut de plus, ainsi que nous l'indiquions plus haut, que les dépenses engagées aient un lien de causalité, une *causal-annexion*, comme disent les Américains, avec le mariage projeté. Par exemple, les achats de fleurs et de bonbons que le fiancé a cru devoir offrir à sa fiancée, pour s'en faire bien venir, ne peuvent être pris en considération dans la fixation des dommages. Le prétendant ne saurait réclamer en justice le prix de simples politesses dont tout galant homme est coutumier, sans avoir besoin pour cela d'être fiancé. (Nantes, 11 février 1895; *Gaz. Palais* 95. 1. 29.)

La rétribution ne se conçoit pas davantage, — mais cela nous paraît plus douteux, — de l'habit de gala que le futur a jugé à propos de faire confectionner pour s'en parer le jour de la célébration et de la robe qu'il a offerte à une parente pauvre et venue de loin afin qu'elle pût assister convenablement vêtue à la noce. (Alger, 9 avril 1895; D. 95. 2. 320.) (2)

---

(1) *Adde :* Nîmes, 17 mai 1882; S. 83. 2. 95; Dijon, 10 février 1892 et 27 mai 1892; S. 92. 2. 197.

(2) « Attendu, ajoute l'arrêt, que n'ayant de cause que la fantaisie du futur et ses convenances personnelles; c'est à celui-ci seul que ses dépenses doivent être attribuées. » — Est-il bien sûr que le fiancé ait commandé ces vêtements par pure fantaisie? Ne devrait-on pas plutôt supposer que c'est le projet matrimonial, *seul*, qui l'a déterminé à faire les dépenses dont s'agit?

§ II. — ***Du préjudice extrapatrimonial.*** — Le préjudice moral est aussi, d'après nous, un important élément de dommage que le juge ne devra pas négliger. Sans doute, nous ne prétendons pas indemniser le fiancé malheureux des blessures faites à son amour-propre ou des souffrances qui ont pu tourmenter son cœur et émouvoir son âme. Ce sont là choses trop éminemment intimes pour être portées au prétoire. Le jurisconsulte s'occupe d'intérêts juridiques et non de sentiments psychologiques. Le préjudice moral que nous voulons réprimer est tout autre et nous n'envisageons ici que l'atteinte portée à l'honneur et à la considération. Il s'agit simplement de savoir si l'on peut, avec impunité, flétrir une réputation en brisant des fiançailles sans motifs. Est-il permis de délaisser, par caprice, une jeune fille irréprochable et de diminuer ainsi, dans de fortes proportions, ses chances d'établissement avantageux (1); car c'est, dans nos mœurs, un préjugé absurde, mais tenace qu'une jeune fille éconduite, bien que sans raison, ne mérite plus d'être élevée à la dignité d'épouse, au moins par un homme de son rang ou de sa condition.

De la rupture arbitraire du pacte prénuptial résultera donc, le plus souvent, un dommage moral de nature à justifier amplement nne indemnité pécuniaire. Certains auteurs l'ont nié. Les biens purement moraux, disent-ils, répugnent à une évaluation en argent; les dommages-intérêts n'ont d'autre but que de réintégrer dans le patrimoine une valeur qui en est sortie (2). Demolombe

(1) Il est, d'ailleurs, hors de doute que le fiancé peut aussi, lorsqu'il souffre le préjudice, demander une réparation aussi bien que la fiancée elle-même. Voy. Colmar, 18 juin 1818; D. A. 9. 692; Toulouse, 29 mars 1889, la *Loi* du 2 août 1889. « Il serait absurde, dit la Cour de Metz, de prétendre que le refus de la fiancée ne saurait lui faire de tort. » Metz, 18 juin 1818; S. 19. 2. 109. Mais il est incontestable, toutes choses égales d'ailleurs, que, dans ce dernier cas, le préjudice moral n'entrera que pour une faible part dans l'appréciation du dommage, Paris, 26 juin 1894; D. 95. 2. 86.

(2) Comp. Meynial, *Rev. pratique*, 1884. p. 440 et Laborde, *Rev. crit.* 1894, p. 28. Voici le raisonnement de ces auteurs qui s'appuient sur la maxime : *Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet.* Le chagrin, l'intérêt d'affection, la lésion extrapatrimoniale en un mot, ne pouvant s'estimer en

remarque que l'indemnité à allouer sera sans mesure et sans limite. « Quel tarif, en effet, pouvez-vous avoir pour apprécier le degré de tort et de déconsidération que les assiduités d'un prétendant auront causé à la femme ou à la jeune fille, ou que le refus de celle-ci aura causé au futur remercié ? » (1) — Nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître qu'à ce point de vue, l'échec des fiançailles est un très pénible incident qui se réglera assez mal sur facture, et nous avouons volontiers qu'en cette délicate matière, la réparation ne sera jamais mathématique et adéquate. Qu'importe ! nous préférons l'arbitraire au déni de justice (2).

« D'ailleurs, dit M. Glasson, les tribunaux, pour se guider, prendront en considération la fortune, la qualité, l'âge, la position des parties. » (3) Ils devront user d'une grande prudence, discerner, avec soin, une demande fondée d'une réclamation qui n'est, en réalité, pour la prétendue victime, qu'une occasion de spéculation et de lucre (4).

---

argent, la condamnation serait forcément arbitraire ; en réalité, elle affecterait le caractère d'une peine privée. Or, notre législation ne connaît plus cette institution qui avait, dans les sociétés antiques, la vengeance pour base. Rien n'y correspond dans le droit moderne ; il n'y a plus d'amende au profit de la victime d'un fait délictuel. En l'état de nos textes, les juges civils commettraient une véritable usurpation du droit de punir s'ils allouaient des sommes d'argent pour la prétendue réparation d'un dommage extrapatrimonial. *Nulla pœna sine lege.* Ce principe tutélaire trouve ici son exacte application.

(1) Demolombe, *op. cit.* t. III, n° 30.

(2) « Sans doute, écrit M. le professeur Chausse, l'argent ne saurait compenser directement le dommage moral. Par la force des choses, la réparation ne saurait être adéquate au préjudice, mais de ce que le dédommagement ne peut être qu'approximatif, s'en suit-il qu'il doive faire défaut ? Peut-on hésiter entre l'auteur et la victime d'un délit... En définitive, l'art. 1382, dont la formule est aussi large, aussi compréhensive que possible, ne fait aucune distinction entre le dommage matériel et le dommage moral, et la théorie des dommages-intérêts est assez élastique pour donner satisfaction à tous les intérêts légitimes lésés de quelque nature qu'ils soient. » Chausse, *De l'intérêt d'affection*, R. crit. 1895, p. 436 à 449. — Sur la question qui nous occupe, voy. aussi Dorville, *De l'intérêt moral*, thèse (Paris, 1901), p. 223 et s. ; Legros, *op. cit.* p. 158 et 159.

(3) Glasson, *Du Cons. des ép.*, p. 157. Cp. Nancy, 25 février 1865. S. 65. 2. 169 ; T. Villefranche, 16 juin 1881, *Mon. Jud. Lyon* du 19 septembre 1881.

(4) Ainsi, lorsque l'atteinte à la réputation de la partie plaignante a été légère, les tribunaux maintiennent bien toujours le principe, mais en font alors une application extrêmement indulgente. Témoin un jugement d'Oran qui tarife le préjudice moral subi à la somme dérisoire de 1 franc ! (D. 95. 2. 320.)

La jurisprudence est, sur ce point, depuis longtemps constante. En dehors de tout dommage matériel, le tort moral, parfois très considérable, est suffisant à lui seul pour donner ouverture à l'action en indemnité (1).

§ III. — ***Du lucrum cessans.*** — Le préjudice matériel et moral *(damnum emergens)* est donc, autant que possible, réparé en sa pleine intégralité; mais le fiancé qui souffre d'un abandon injustifié n'a droit à rien de plus. Les juges ne doivent pas tenir compte du *lucrum cessans*, c'est-à-dire de la perte des bénéfices que la perspective d'un brillant mariage avait fait entrevoir. Ce sont là des rêves envolés sans retour et, comme tout rêve, sans compensation ! S'il est équitable de replacer le fiancé dans la situation où il se trouvait avant les négociations matrimoniales, il serait, par contre, excessif de voir dans son infortune un titre à une situation meilleure. Le projet de mariage est caduc, et, avec lui, tous les profits qu'on en escomptait (arg. a. 1088 C. C.). Le fiancé ne peut pas plus exiger la célébration de l'union que l'exécution du contrat notarié et le maintien des avantages présents ou futurs qu'il lui assurait. Décider autrement,

---

(1) Les décisions judiciaires qui admettent cette théorie sont si nombreuses que nous ne pouvons les citer toutes. Nous aimons mieux renvoyer au n° 380 des *Pandectes françaises* (Rép. *V° mariage)* où l'on en trouvera une très abondante nomenclature. Signalons seulement, à titre d'exemple, un arrêt de Bourges du 29 novembre 1895, *Gaz. P.*, 96, I. V° *Pro de m.*, n° 2 : « Attendu que l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts, *lorsqu'elle est de nature à nuire à la réputation de la personne délaissée.* » Les arrêts contraires sont rares et tous très anciens : « Attendu, dit la Cour de Toulouse, que si l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut, par elle-même, motiver une condamnation à des dommages-intérêts *à raison du préjudice moral causé.....* », Toulouse, 13 mai 1842; D. 43. 2. 31. *Sic :* Riom, 11 août 1846; D. 46. 2. 179. — Duranton *(Cours de Dr. fr.*, t. x, § 321) et M. Huc (t. II, n° 6) approuvent cette jurisprudence critiquée comme trop étroite par Laurent (t. II, n° 308), et MM. Vidal *(op. cit.*, p. 151 et s.) et Glasson *(op. cit.*, n°s 99 et 100). — Sur une théorie jurisprudentielle intermédiaire entre la doctrine ancienne et le système récent, V. un arrêt de Caen du 6 juin 1850, D. 55. 2. 178. D'après la Cour, la réparation doit s'appliquer à toute espèce de préjudice quel qu'il soit, pourvu, toutefois, qu'on puisse l'apprécier en argent; ainsi elle ne s'étendra pas à un préjudice moral proprement dit; mais elle comprendra à la fois les pertes matérielles actuellement réalisées et celles qui, conséquences naturelles de la rupture, pourront se produire dans l'avenir.

ce serait encourager un odieux chantage et tolérer d'indignes exploitations. L'ancien droit, si bienveillant pour le contrat de fiançailles, si respectueux des obligations qu'il engendrait, n'avait pourtant jamais admis qu'on pût réclamer les profits compris dans les conventions matrimoniales et que l'échec des accordailles faisait s'évanouir (1).

Cette solution s'impose avec bien plus de force aujourd'hui où les dommages-intérêts ne sont pas alloués parce qu'il a été failli aux obligations d'un contrat; mais parce qu'un délit ou quasi-délit civil a été commis. Les articles 1142 et 1149 sont hors de cause; seul, ici, l'article 1382 est en jeu (2).

La question de l'indemnité à allouer est, on le voit, d'un règlement très difficile. C'est, peut-être, dans le but de s'en attribuer l'appréciation exclusive que la jurisprudence moderne a méconnu, de parti pris, la validité du contrat de fiançailles afin d'enlever, du même coup (arg. a. 1227 C. C.), toute efficacité à la clause pénale qui eût permis aux parties d'échapper au contrôle des tribunaux. Il fallait pourtant les empêcher de s'y soustraire dans une matière où la passion, qui ne calcule pas, exerce une si grande influence sur les esprits (3).

---

(1) Pothier, *op. cit.*, n° 53.

(2) *Sic :* Demolombe, t. III, n° 47; Laurent, t. II, n° 308; Glasson, n° 100; Larombière, t. IV, a. 1227, § 3; Agen, 2 avril 1810; D. Rép., V° *Mariage*, n° 89; *Contra*, Colmar, 29 juillet 1806, S. chr. : « Attendu que l'intimé *perd les avantages* qui lui étaient assurés par un contrat très licite....., *qu'il y a lieu de l'en indemniser.* »

(3) Les dommages-intérêts forfaitaires seraient, ici, dangereux, au premier chef, parce qu'ils lieraient le juge qui, en aucune hypothèse, ne pourrait diminuer leur chiffre. (a. 1252. C. C.) Écoutons Duranton : « Une personne, dans le désordre d'une passion qui la subjugue tout entière, souscrirait volontiers à une clause pénale ou dédit qui irait parfois jusqu'à absorber sa fortune. Elle se trouverait ainsi placée entre la nécessité de contracter une union qu'elle repousse et la crainte d'être ruinée par une promesse téméraire. » *Op. cit.*, t. X, p. 320. — C'est, sans doute, uniquement pour obtenir, en notre matière, par la prohibition de la *stipulatio pœnæ*, une souveraineté absolue, que la jurisprudence moderne n'a pas consenti à valider le vieux contrat de fiançailles, car les dommages-intérêts délictuels qu'elle accorde avec tant de générosité restreignent, en somme, la liberté matrimoniale à peu près tout autant que les dommages-intérêts conventionnels. Puis, une fois cantonnée dans le domaine délictuel, la jurisprudence s'y est maintenue et affermie parce que

CHAPITRE II

AUTRES CONSÉQUENCES DE LA RUPTURE DES FIANÇAILLES.

SECTION I. — DU SORT DE LA CORRESPONDANCE DES FIANCÉS.

La conclusion prochaine du mariage autorise les fiancés, lorsqu'ils résident en des endroits différents, à échanger des correspondances, et l'on sait qu'ils profitent volontiers de cette faveur.

Ces lettres missives ont, à n'en point douter, un caractère strictement confidentiel; il ressort de leurs termes qu'elles sont la traduction de pensées intimes, abandonnées par les fiancés à leur discrétion réciproque. Appartiennent-elles à

---

cela lui permettait d'accorder au préjudice moral la réparation qui lui semblait bonne (l'a. 1382 est rédigé d'une façon très générale et englobe dans sa formule compréhensive le dommage moral), tandis que, si les arrêts avaient basé leurs indemnités sur la violation d'un contrat, il leur eût été beaucoup plus difficile de tenir compte de l'intérêt d'affection (les a. 1146 et s. semblent bien ne prévoir qu'un préjudice matériel). Cela est si vrai que la jurisprudence moderne ne parvient à réprimer le dommage moral causé par l'inexécution d'un contrat qu'au moyen de la théorie des *astreintes pénales et comminatoires* dont la légalité est des plus douteuses (V. Chausse, *art. précité*, p. 446 et suiv.); mais ce système ne pouvait, bien évidemment, être transporté dans notre matière où il eût heurté trop violemment de front le grand principe de la liberté de mariage. Déjà, dans notre ancien droit, on avait trouvé « *indécente* » et, en conséquence, prohibé la clause « *si mieux n'aime épouser* », dont certains Parlements avaient accompagné leurs condamnations pécuniaires. (V. Pothier, n° 54.) Or, cette clause se rapproche beaucoup de nos astreintes modernes.

leur auteur et ne sont-elles qu'un simple dépôt entre les mains du destinataire (1), sont-elles la copropriété des deux parties (2), ou bien n'est-il pas plus exact de dire que le destinataire en a la propriété exclusive ? (3)

Voici quelle est, sur ce point, notre doctrine. La possession matérielle d'une lettre est pour le détenteur la preuve et le titre de sa propriété; son envoi et la suscription qui la couvre manifestent la volonté de son auteur d'en transmettre au destinataire la possession *animo donandi*. Sans doute ! mais, ici, l'envoi n'est pas pur et simple, et nous croyons qu'en cas de rupture de fiançailles, le fiancé qui a reçu les lettres est tenu de les restituer alors même qu'il s'engagerait à ne les montrer à personne. Il est, en effet, raisonnable d'admettre que l'auteur des missives n'a entendu en transférer la propriété irrévocable qu'à la condition que le mariage aurait lieu. Par les sentiments qu'elles expriment, les lettres des fiancés sont de telle nature que leur détention ne se conçoit plus après la cessation des relations qui, seules, les expliquaient.

D'ailleurs si, contrairement à notre opinion, on autorisait le fiancé destinataire à garder les lettres à lui adressées, il serait équitable d'admettre, comme correctif, qu'il lui est interdit d'en divulguer la teneur. Autrement on encouragerait une sorte d'abus de confiance reprouvé par l'honneur. L'inviolabilité du secret des lettres, justifié en morale, est fondé, en droit, sur une convention tacite des correspondants. Quand j'exprime à un tiers une pensée intime, je peux certainement mettre pour condition à cette communication que la lettre ne passera que sous ses yeux. C'est bien là un contrat valable qui se forme entre le

---

(1) *Sic* Dalloz. *Rep.* V° *Lettres missives* n° 8.

(2) De Cormenin, *Revue critiq.* 1851, p. 104; Nice, 25 juin 1889 (*Gaz. Trib.*, 21 juillet 1889).

(3) *Sic*, Loi 64. *De acquirendo rerum dominio*, au Digeste et une jurisprudence constante. V. notamment un arrêt de la Cour de Toulouse, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Fabreguettes (6 juillet 1880, S. 81, 2. 115). Comp. Bourges, novembre 1900. *Rec. Gaz. Trib.* 1901. 1er sem. 2. 26.

destinataire et moi (1). Aussi l'ex-fiancé, qui souffre d'une révélation indiscrète de ses pensées, peut réclamer une réparation et agir en dommages-intérêts.

SECTION II. — DU SORT DU CONTRAT DE MARIAGE, DES CONSTITUTIONS DE DOT ET CADEAUX DE NOCES.

Les fiançailles sont, en général, accompagnées ou suivies d'un contrat de mariage. Si, au lieu d'évoluer vers leur aboutissant normal qui est le mariage, elles viennent à se rompre, le dit contrat s'évanouit avec elles, car c'est un de ses caractères spécifiques d'être subordonné à la condition : *si nuptiæ sequantur*.

De même, en cas de rupture, la constitution dotale s'écroule, parce que son seul but, qui est de pourvoir aux charges matrimoniales, ne se conçoit plus. Sont également anéanties les donations *portées au contrat* et consenties par un parent ou un étranger à l'un des futurs époux ou par celui-ci à l'autre. L'article 1088 du Code civil est formel : « *Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'en suit pas.* » De plus, l'article 1541, bien que particulier au régime dotal, en décidant que « *tout ce que la femme se constitue en dot ou tout ce qui lui est donné par contrat est dotal, s'il n'y a stipulation contraire,* » nous est un argument pour affirmer que toute libéralité couchée sur le contrat nuptial doit être présumée faite en vue de l'union projetée.

Tous les transferts de propriété, délégations, cessions, remises de dettes, *contenus dans le contrat*, sont considérés comme non avenus, si les fiançailles échouent. Le mariage

(1) « Les confidences que les lettres renferment ne peuvent être révélées que par le consentement de l'auteur et du destinataire, le lien résultant de la confiance intime et mutuelle ne pouvant être rompu que par la volonté de ceux qui l'ont formé », Rouen, 23 mars 1864. S. 64. 2. 143.

n'ayant pas lieu, ces diverses clauses sont désormais sans support ; elles disparaissent en tant qu'accessoires d'un mariage, contrat principal qui fait défaut.

Comme, dans notre droit, le mari ne devient pas propriétaire des biens dotaux ayant une individualité propre, si, en fait, ils ont été livrés au futur, lors des fiançailles, avortées dans la suite, la fiancée aura toujours la faculté de les revendiquer. Par contre, pour les sommes d'argent et autres choses fongibles remises par anticipation, la fiancée, titulaire d'une simple action en restitution que rien ne fortifie, se trouve exposée aux risques d'insolvabilité de son futur; elle les évitera, soit en ne se dénantissant pas de ces objets avant le mariage, soit en stipulant telles garanties conventionnelles qu'elle avisera (1).

Aussi bien, est-il inutile de nous attarder sur tous ces points qui sont hors de controverse. Les incertitudes commencent lorsqu'il n'a pas été rédigé de contrat ou quand il en a été dressé un, mais que les donations dont s'agit n'y ont pas été comprises. La difficulté consiste surtout à régler le sort des *dons manuels,* tels que bijoux, objets de parure ou toilette que les bienséances mondaines font un devoir au fiancé d'offrir à sa future.

Remarquons, tout d'abord, que ces dernières libéralités ne sont pas assimilables à ces menues prestations de très faible valeur appelées par la loi *présents d'usage* et qu'à cause de leur peu d'importance, elle soustrait à l'application intégrale des règles du droit commun. Les cadeaux de fiançailles, au contraire, représentent très souvent des

(1) Dans l'ancienne jurisprudence, la fiancée n'avait pas besoin de pourvoir elle-même à sa propre sécurité. Sauf de très rares exceptions, la constitution de dot était consentie par devant notaires. Or, c'était, à cette époque, une règle générale que tout acte notarié, portant création ou reconnaissance d'une obligation, engendre *ipso jure* une hypothèque générale tacite sur tous les immeubles du débiteur. La fiancée était donc pleinement garantie pour les dettes de restitution dont pouvait être tenu envers elle son futur mari, à raison des biens constitués. Enfin, dans les pays de droit écrit, sauf dans le ressort du Parlement de Toulouse, la fiancée bénéficiait du *privilegium inter personales actiones* que les lois romaines lui reconnaissaient déjà. Voy. Despeisses, *Œuvres,* t. I, partie 1re, titre 15, section 3, n° 57, p. 523.

sommes considérables, et il n'est pas sans intérêt d'examiner leur destinée juridique en cas d'insuccès des négociations matrimoniales.

Dans la vie courante, on sait ce qui se passe en pareille occurrence. Après une rupture, la restitution des cadeaux s'opère spontanément. Ce serait mal préjuger de la délicatesse d'une jeune fille que de supposer qu'elle tiendra à conserver des souvenirs pénibles d'une aventure malheureuse. Elle croirait manquer d'honnêteté et de pudeur en retenant des objets de prix qui lui proviennent d'un homme qui n'est plus, désormais pour elle qu'un étranger.

Ces considérations, toutes de sentiment, ne sont pas ici de mise, et bien que de pareilles affaires ne soient pas souvent inscrites au rôle des audiences, il importe, néanmoins, de solutionner en droit la question suivante : L'article 1088 s'applique-t-il sans distinction à toutes les donations non contenues dans le contrat, mais consenties, au cours des fiançailles, par un des futurs à l'autre? En d'autres termes, par cela seul que le don intervient entre fiancés, y a-t-il toujours présomption que la considération du mariage a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ?

L'ancien droit le décidait ainsi (1), mais cet argument n'est d'aucun poids. Quelle que soit l'autorité des précédents, on ne saurait admettre une présomption légale sans un texte bien formel qui l'édicte. En notre matière, la loi n'en promulgue aucune. Comme en droit romain classique, ce sont les circonstances de fait (2) qui nous aideront à résoudre le

(1) « Suivant notre jurisprudence française (Pothier, p. 25, n° 45), dans tous les présents qui se font à des fiancés, la condition *si nuptiæ sequantur* y est *toujours* sous-entendue, quoiqu'elle n'y ait pas été exprimée, et il y a, en conséquence, *toujours* lieu à la répétition lorsque le mariage manque. » — Toutefois, dans l'application du principe, on apportait quelque équité. C'est ainsi qu'un arrêt de Toulouse du 21 avril 1656, cité par Merlin, d'après Castellan, « pour la consoler, permit à une fiancée de conserver des cadeaux du fiancé, en habits et en linge, mais en l'obligeant à rapporter les perles, les diamants, l'argent et les habits qu'elle avait retirés du tailleur depuis le décès de son fiancé ». Merlin, *Rép.* V° *Fiançailles*, § XI. La constitution de Constantin n'avait pas force de loi, qui attribuait à la fiancée la moitié des présents du fiancé, *si jam osculum intervenerit.*

(2) « Suivant le droit romain avant Constantin, les cadeaux étaient *censés*

problème. Or si, le plus souvent, le don manuel ne s'explique que par la perspective du mariage, il n'est pas toutefois très difficile d'imaginer des hypothèses où il en sera autrement, et l'on peut supposer des dons, même au cours des fiançailles, d'où toute pensée de restitution éventuelle est absente. L'affection ou l'amitié, la galanterie ou la politesse, le désir d'éblouir le monde où l'on fréquente par des donations luxueuses, enfin, l'intention libérale seule, tout cela peut susciter de la part du fiancé des dons manuels considérables sans qu'on ait, en rien, besoin de faire nécessairement intervenir, pour en rendre compte, la considération du mariage prochain. Nous accordons que si, dans la plupart des cas, les fiançailles, seules, expliquent ces présents, on ne saurait sans exagération soutenir qu'elles en sont toujours la cause.

Il faut donc conclure que le fiancé qui, après l'échec des préliminaires nuptiaux, réclame la restitution des cadeaux dont il a gratifié sa fiancée, doit établir que, dans sa pensée, la condition résolutoire de la rupture accompagnait sa donation. Si cette preuve, qui est évidemment à sa charge, n'est pas rapportée, la donation doit être maintenue, bien qu'il n'y ait pas eu célébration de l'union entrevue (1).

C'est la Cour de cassation de Naples qui nous a suggéré notre théorie (2). « Attendu, nous dit son arrêt du 13 août 1881 (3), que s'il est certain, d'après le droit ancien, que les donations faites entre futurs époux, en vue

---

purs et simples et ne se révoquaient pas lorsque le mariage manquait, *à moins qu'il n'y eût quelques circonstances qui y fissent présumer la condition* si nuptiæ sequantur, L. 2. C. *De Don. ante nupt.*», Pothier, *loc. cit.*

(1) Dans le cas contraire, non-seulement les cadeaux doivent être restitués, mais encore une indemnité sera allouée à raison de la dépréciation qu'ils auront pu subir : « Attendu que c'est à bon droit, dit la Cour d'Alger, que, dans cet ordre d'idées, les premiers juges ont décidé qu'à la restitution de la parure de brillants du prix de 1.400 francs, consentie par Jacquet (le futur beau-père), s'ajouterait le paiement d'une somme de 140 francs que le fournisseur a équitablement exigée de Thomas (le fiancé) pour dépréciation ou intérêts de sa marchandise », Alger, 9 avril 1895, D. 95. 2. 320.

(2) L'article 1068 du Code civil italien est identique à notre article 1088.

(3) Reproduit en sous-note sous arrêt Paris du 26 juin 1894. D. 95. 2. 86.

d'un prochain mariage sont sans effet si le mariage ne s'en suit pas, il y a lieu, aujourd'hui, de rechercher si ces donations ont été faites en considération du futur mariage; que la résolution tacite de la donation subsiste, lorsqu'il est prouvé que cette donation a été faite en vue du futur mariage, mais que *la loi n'a établi, sur ce point, aucune présomption légale en vertu de laquelle toute donation quelle qu'elle soit, par cela seul qu'elle est faite entre futurs époux avant le mariage, serait considérée comme faite en vue du mariage.* — Attendu, que l'École et le Prétoire s'accordent à admettre que les donations que se font les futurs époux dans le contrat de mariage emportent la condition implicite de résolution pour le cas où le mariage ne se célèbre pas, mais que, pour les donations faites sans aucune déclaration corrélative ou pour les *présents manuels* qui ne résultent pas d'un acte écrit, *il devient nécessaire de prouver que cette condition de résolution a été entendue, et que, dès lors, ce point devient* ***une question de pur fait, celle de savoir si la donation a été consentie en vue du mariage.*** — Attendu, qu'en conséquence, il y a lieu de rejeter le premier moyen du pourvoi, par lequel on entendait soutenir que la loi établit une présomption de droit en vertu de laquelle toute donation quelle qu'elle soit, doit être considérée comme consentie en vue du mariage, tandis qu'au contraire, cette présomption et la condition tacite de restitution ne peuvent être maintenues que *s'il est constant que la donation a été faite en considération du mariage;* que, dans l'espèce, la défenderesse ne nie pas avoir reçu les présents pendant qu'elle était fiancée au demandeur, qu'elle nie les avoir reçus en vue du mariage. — Rejette, etc... » (1).

---

(1) La Cour de Bruxelles a statué, le 16 janvier 1889, sur une espèce analogue à celle tranchée par la Cour de cassation de Naples. Ainsi qu'on va en juger, elle l'a fait avec beaucoup de précision dans la forme et de netteté dans la doctrine :

(Lecomte c. Adnez) « La Cour, attendu que les bijoux et autres objets réclamés ont été donnés par l'intimé Adnez à la demoiselle Lecomte à l'époque où il la courtisait, qu'il ne s'agit pas d'objets de grande valeur *pouvant être considérés comme donnés en vue du mariage projeté ou pour servir au mé-*

La Cour de Toulouse, de même, avait décidé, le 4 août 1881 (1), qu'une libéralité *faite en dehors du contrat* par un jeune homme à sa future, n'était pas résolue par l'échec des ouvertures matrimoniales. « Elle n'avait pas été déterminée, disait l'arrêt, par la perspective de l'union en vue, mais seulement, en l'espèce, par le désir de réparer le préjudice résultant d'une séduction. »

Les principes que nous venons d'exposer reçoivent leur pleine application lorsque les fiançailles prennent fin par la mort de l'une des parties ou quand elles sont brisées par celui qui a reçu les cadeaux, mais si, au contraire, c'est le donateur qui, par caprice, reprend sa parole, il n'a rien à réclamer. En effet, si les présents n'ont pas été offerts en considération du mariage, ils sont définitivement acquis, et, s'ils n'ont été déterminés que par cette considération, le donateur, remarque Pothier, ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit passer pour accomplie vis-à-vis de lui, selon la règle de droit : « *In omnibus causis pro*

---

nage commun; que ces cadeaux sont de ceux, qu'en pareille occasion, on offre par galanterie et affection, **sans songer à l'éventualité d'une restitution;** — Attendu qu'avant la rupture du projet de mariage, le major Adnez n'a jamais fait de distinction entre les bijoux ou objets provenant de sa mère et ceux qu'il avait achetés pour les offrir à sa fiancée; qu'il a toujours manifesté l'intention que celle-ci conservât tous ces objets, même s'il venait à mourir avant le mariage; qu'il ne peut donc soutenir actuellement que tout ou partie d'entre eux n'ont été donnés que sous la condition résolutoire tacite : *si nuptiæ sequantur;* — Attendu que, si par un sentiment de délicatesse et de dignité qui se comprend, il est d'usage que des cadeaux, tels que ceux-ci, offerts entre fiancés, soient restitués en cas de rupture du mariage projeté, *cet usage ne fait pas loi,* et on ne peut contraindre légalement l'un des fiancés à s'y conformer. » Bruxelles, 16 janvier 1889, rapporté, en sous-note, sous arrêt Paris, 26 juin 1894. D. 95. 2. 86.

L'arrêt de la Cour de Paris précité (26 juin 1894) ne se prononce pas explicitement sur la question de droit qui nous intéresse. Il nous paraît néanmoins, ainsi qu'à son annotateur, s'écarter de la doctrine des arrêts de Naples et de Bruxelles et décider, qu'en toute hypothèse, les dons manuels faits au cours des fiançailles doivent être restitués. Nous lisons dans le dispositif : « Donne acte à Lacour (futur beau-père) de ce qu'il est prêt à restituer à Queunet (ex-fiancé), les objets réclamés, soit : 1° une garniture de cheminée albâtre et comprenant deux candélabres, un socle et une pendule; 2° une montre en or avec sa chaîne; 3° une paire de brisures en or; 4° une broche et divers autres bijoux énumérés dans les conclusions des parties et donnés au cours des fiançailles. »

(1) Toulouse, 4 août 1881 (D. 82. 2. 94).

facto id accipitur quoties per aliquem mora fit quominus fiat. » (1)

Nous avons supposé jusqu'ici que les cadeaux étaient donnés en nature ; il en est parfois autrement. Le futur mari, pour offrir à sa fiancée des présents plus à son goût, lui laisse le soin de les choisir elle-même et lui remet les sommes nécessaires pour l'acquisition de la corbeille de mariage. La situation créée par la rupture sera la même que celle que nous venons d'examiner. Seul, l'objet de la restitution variera.

Mais, parfois, les rapports juridiques se compliquent. Le futur, par délicatesse, ne remet par d'argent à sa fiancée ; il l'autorise à se rendre dans les magasins et s'oblige à payer, sans recours, de ses deniers personnels les emplettes effectuées.

A l'égard des commerçants, une rupture des fiançailles est *res inter alios acta* dont ils n'ont point à se préoccuper. Le mandat tacite donné par le futur à la jeune fille le lie irrévocablement envers les fournisseurs dont il est l'unique débiteur.

A l'égard de la fiancée, il se trouve dans la situation de donateur à donataire, non des objets achetés qui resteront définitivement à la fiancée, mais des charges de l'achat ; cette donation consiste en ce que le futur mari prend à son compte, gratuitement et sans recours contre la fiancée, l'engagement résultant des acquisitions effectuées (2).

Cette donation *sui generis*, l'abandon du projet de mariage la révoque (a. 1088), en sorte que le fiancé qui a soldé les divers articles compris dans la corbeille pourra s'en faire rembourser par la fiancée.

Outre la corbeille, le jeune homme donne quelquefois le trousseau. En raison des objets intimes et tout spécialement féminins qui le composent, c'est la fiancée qui l'achète et le paie elle-même, parfois bien avant les fiançailles. Si le futur

(1) Pothier, p. 25, n° 46.

(2) Voy. Vidal, *op. cit.* p. 138.

mari désire cependant lui en faire présent, elle n'a contre lui qu'une simple créance du prix du trousseau, laquelle est éteinte par la survenance de la condition résolutoire de la rupture.

Cette distinction entre le trousseau et la corbeille est nettement indiquée par un arrêt de la Cour d'Aix, du 27 avril 1865, confirmant par adoption des motifs un jugement du tribunal de Draguignan (1). Il contient des développements intéressants sur les points que nous venons d'esquisser.

« Attendu, au fond, que la demande des sieurs Pascal frères et Cie, de Marseille, est basée sur des fournitures diverses par eux faites à dame Etienne, épouse Marsang, à l'époque de son mariage et antérieurement toutefois au dit mariage; que la date des achats est certaine et d'ailleurs pas contestée; — Attendu que la majeure partie des marchandises vendues ont dû constituer le trousseau de la dame Marsang, trousseau évalué dans le contrat de mariage, *reconnu par le mari et constituant par suite une créance de la femme sur lui; qu'il n'est pas justifié que le mari soit intervenu personnellement dans l'achat de ce trousseau, et que, par suite, il ne peut être tenu sur ses biens personnels et comme débiteur direct du montant des livraisons qui ont servi au* **trousseau** *de sa future épouse*, que c'est là une dette personnelle à la femme, antérieure au mariage....., à raison de laquelle les créanciers ne peuvent obtenir de condamnation directe contre le mari en son nom personnel et comme obligé direct envers eux.....; — Mais, attendu qu'il résulte des factures produites que plusieurs articles de grande valeur ont dû constituer la **corbeille de mariage** qui est toujours, dans l'usage, fournie par le mari; que celui-ci, étant militaire et ne pouvant acheter lui-même ces articles, *il y a eu, de sa part, mandat tacite en faveur de la femme pour ces acquisitions et qu'on doit, dès lors, considérer le prix de ces achats comme une dette personnelle au*

(1) Aix, 27 avril 1865. S. 66. 2. 28.

mari qui doit immédiatement payer les cadeaux que l'usage fait livrer à la future épouse...; — Attendu que dans cette catégorie doivent être compris : le châle de l'Inde, du prix de 1.300 francs ; le châle carré de 425 francs et une robe de velours de 445 francs ; soit un total de 2.000 francs au moins qui se trouve ainsi en rapport proportionnel, comme cadeau de corbeille, avec la dot constituée, qui s'élève, trousseau compris, à la somme de 30.000 francs ; — Attendu, dès lors, que pour cette valeur de 2.000 francs le sieur Marsang peut être considéré comme débiteur personnel et solidaire envers les demandeurs ; condamne le sieur Marsang à payer aux demandeurs 2.000 francs à valoir sur leur facture, comme s'appliquant à la corbeille de noces et dette personnelle de Marsang, etc. »

CHAPITRE III

DE LA

PREUVE EN MATIÈRE DE FIANÇAILLES

§ I. — ***Des moyens de prouver les fiançailles et leur rupture.*** — Comment, tout d'abord, affirmer en justice que les fiançailles ont définitivement échoué ? La preuve devra en être administrée dans l'hypothèse, assez difficile à prévoir, d'une rupture contestée. La promesse, peut alléguer le défendeur, n'a jamais été répudiée; elle tient toujours. Seules, les circonstances l'obligent, malgré lui, à en différer, pour un temps, la réalisation. — Il s'agira ici d'une simple question de pur fait à débattre dans une enquête. Les magistrats s'arrogeront souvent, en pratique, le droit excessif de déclarer, de leur propre autorité, les fiançailles terminées, et décideront qu'il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts.

Mais encore, pour cela, faudra-t-il, de plus, que le fiancé malheureux établisse, à l'appui de sa réclamation, qu'il a souffert un préjudice appréciable, pécuniaire ou moral (1). — Puisque nous sommes en matière délictuelle, il lui incom-

(1) « Attendu que la promesse de mariage n'est pas une cause valable d'engagement, lorsqu'elle n'a occasionné *aucun préjudice matériel* à la personne à qui elle a été faite », Lyon, 6 mars 1888, *Mon. Jud. Lyon*, 28 août 1888; — « Attendu que la rupture des fiançailles n'a porté *aucune atteinte* à la réputation de la partie plaignante », Poitiers, 29 mai 1834, S. 34. 2. 354; — « Attendu que de *préjudice réel ou appréciable*, Thomas (l'ex-fiancé), *n'en a justifié aucun;* que son affirmation d'avoir souffert un *préjudice moral* n'est qu'une affirmation *vaine...* », Alger, 9 avril 1895, plusieurs fois cité; — Châteaudun, 6 août 1896, *Gaz. Pal.*, 1896, 2. 273.

berait, en outre, de démontrer que la rupture dont il se plaint a été coupable; mais, comme il lui serait très difficile de rapporter cette preuve, les tribunaux, renversant ici les rôles, ont jugé que c'est au défendeur, pour éviter une condamnation, à articuler qu'il n'était pas en faute et n'a usé que de son droit. Il devra donc divulguer au grand jour les motifs justificatifs de son dédit, sinon il succombera (1).

Il va de soi que tout cela suppose l'existence préalable d'une promesse de mariage. C'est la source première de la prétention. Observons, tout de suite, que l'engagement doit être sérieux; car on ne saurait exiger la réparation d'un préjudice causé par une promesse, dès l'abord fallacieuse, à laquelle la réflexion la plus élémentaire interdisait de se fier (2). Il suffit, d'ailleurs, que l'engagement ait pu être considéré comme réel par la seule partie trompée alors que l'autre a agi de mauvaise foi. Son dol, loin de la disculper, ne fait qu'aggraver sa responsabilité (3). — Supposons donc une promesse véritable. Toute la difficulté est de la prouver.

L'aveu du défendeur, le serment prêté par lui établissent d'une façon péremptoire la promesse à son encontre. Son

(1) C'est, du moins, ce qu'a décidé la Chambre des Requêtes, dans son Arrêt fameux du 16 janvier 1877, D. 77. 1. 85. — Cette solution se comprendrait à merveille si l'on voyait dans les fiançailles un contrat valable. S'il y avait contrat, la faute étant présumée, le fiancé délaissé n'aurait rien à prouver, sauf le contrat d'où est né son droit. Cette preuve, une fois fournie, son ex-fiancé serait réputé en faute par cela seul que son engagement n'a pas été exécuté. Mais on sait que l'arrêt de 1877 a motivé sa décision sur un *quasi-délit* reproché à la partie qui se retirait; or, sa thèse sur le fardeau de la preuve ne peut se concilier avec les principes de la responsabilité délictuelle, en vertu desquels celui qui poursuit la réparation d'un préjudice causé par un délit doit en établir les divers éléments parmi lesquels rentre la *faute* du défendeur. — Ainsi l'a compris la Cour d'Alger dans son arrêt de 1895 : « ..... Attendu que, pour se prévaloir utilement de l'abus du droit de rétractation, *il convient, d'abord, que le fiancé qui se prétend lésé administre à la fois la preuve du préjudice qu'il a souffert et* **celle de l'abus qui en a été la cause.** »

(2) T. Seine, 1er juin 1895. *Gaz. Trib.*, 2 juin 1895 *(Cuisinière contre Soldat)*. Déjà, en 1827, la Cour de Nîmes n'avait accordé aucune valeur à une promesse « écrite au crayon et faite en badinant ». Nîmes, 29 novembre 1827. D. 29. 2. 17.

(3) Paris, 12 avril 1866, Bull. arrêts Paris, 1866, p. 219.

refus de répondre dans une procédure d'interrogatoire sur faits et articles pourra également s'interpréter en sa défaveur. Une lettre missive dont l'écriture est reconnue n'étant, d'après nous, qu'une forme de l'aveu extrajudiciaire, fera de même pleine foi contre le signataire de tout ce qui s'y trouve avoué à son désavantage (1). Enfin, la promesse sera suffisamment constante si elle est contenue accessoirement dans un acte authentique, comme le contrat de mariage (2) ou une reconnaissance d'enfant naturel.

Nous n'accorderions pas une pareille force probante à la carte imprimée de fiançailles que les usages mondains prescrivent d'envoyer aux personnes en relations d'amitié ou de courtoisie avec les deux familles. Ce banal imprimé sans signature est, en général, l'œuvre des parents et non des futurs; il ne prouve pas nécessairement que des promesses de mariage ont été échangées par les intéressés. Tout au plus, dans la théorie dominante que nous allons bientôt exposer, pourrait-on y voir une simple présomption (3).

Tous ces points ne sont pas douteux; mais la controverse, assez vive, s'est concentrée sur le point de savoir si, *en dehors de tout commencement de preuve par écrit* les témoignages et les présomptions sont, *d'emblée*, admissibles.

---

(1) Trib. Die, 22 décembre 1885, *Journ. Arr. Grenoble et Chambéry*, 1886, p. 82. La Cour de Bourges, confirmant un jugement du tribunal de Saint-Amand du 24 novembre 1899, a considéré comme suffisamment établie la promesse de mariage résultant des lettres suivantes adressées par un sieur M. à une demoiselle Solange L. et versées au dossier. — *Première lettre :* « ... Seulement, Mademoiselle, je n'y tiens plus; il faut que cela finisse pour mon bonheur ou mon chagrin; c'est dans quelque temps que je pourrai vous parler, ainsi qu'à vos parents. Je désire de tout mon cœur avoir le don de posséder tous les dons de vous plaire et de me faire aimer de vous, comme je vous aime déjà. » — *Seconde lettre :* « Mon cœur est avec toi; plutôt mourir que te quitter, chère mignonne, douce chérie que j'adore..., etc. » — « Sans doute, dit la Cour, la promesse de mariage n'est pas écrite en termes absolument formels, mais elle n'en résulte pas moins avec évidence de l'ensemble des lettres ci-dessus analysées. » Bourges, 7 novembre 1900, *Rec. Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem. 2. 26 avec note.

(2) Pandectes, fr. V° *Mariage*, n° 396.

(3) Nous accordons volontiers, au contraire, un très grand crédit aux *publications de mariage*, car, régulièrement, l'officier de l'état civil n'y doit procéder qu'autant qu'il en a reçu une réquisition formelle des deux fiancés *à la fois*.

Laurent, M. Huc et deux arrêts des Cours de Paris et de Rennes exigent un écrit (1). L'article 7 de la Déclaration de 1639 l'imposait déjà (2). « En facilitant, dit M. Huc, la production de la preuve ne suscitera-t-on pas des procès scandaleux et d'autant plus fréquents qu'on aura toute latitude pour les intenter ? » Les principes, enfin, recommandent cette solution. L'article 1348, 1° du Code civil, qu'invoque l'opinion adverse, doit être interprété par combinaison avec les autres parties de ce texte, d'où il ressort, avec évidence, que les témoignages ne sont autorisés qu'autant que les parties n'ont pu se ménager une preuve préconstituée. Or, oseraient-elles nier que rien n'empêchait la constatation de leurs promesses par écrit ?

Nous préférons cependant décider, avec Demolombe et M. Glasson (3), que la preuve testimoniale toute nue et, par suite, les présomptions simples sont *toujours* admissibles.

L'argument tiré de la tradition ne nous touche pas. Les fiançailles étaient autrefois un contrat valable, réglementé par la loi. Il était, dès lors, naturel de les soumettre, quant à leur preuve, aux principes suivis en matière contractuelle. — Aujourd'hui les fiançailles sont intentionnellement méconnues par le législateur, en tant que contrat. Elles ne sont plus un acte juridique, mais un simple fait matériel qu'il est permis d'établir, comme tel, par tous les moyens possibles, notamment par témoins ou indices. Pour ne pas

---

(1) Laurent, *op. cit.* t. III, n° 310; Huc, *op. cit.* t. II, n° 9; Paris, 19 janvier 1865. D. 65. 2, 22; Rennes, 11 avril 1866, D. 66. 2. 184. Cette opinion, qui était celle de Merlin, *Rép.* V° *Fornication*, § 2, n° 2, p. 282, avait été adoptée par un arrêt de Rouen du 28 avril 1815, S. chr.

(2) « Défendons à tous juges, même à ceux d'Église, de recevoir la preuve par témoins, des promesses de mariage *autrement que par écrit*, qui soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une et l'autre partie, encore qu'elles soient de basse condition. » — « Cette Déclaration, dit Pothier, n'établit pas un droit nouveau ; elle ne fait qu'appliquer aux fiançailles l'Ordonnance de Moulins de 1566. C'est pourquoi, par arrêt du 29 décembre 1629, antécédent à cette Déclaration, la Cour jugea qu'il y avait *abus* dans un appointement de l'Official du Mans, qui avait permis la preuve testimoniale de promesses de mariage. Il est rapporté par Bardet, t. I, lib. 3, cap. 76. » Pothier, p. 27, n° 50.

(3) Demolombe, t. I, n° 33; Glasson, *Du cons. des ép. au mar.*, n° 101.

observer ici cette règle, il faudrait une dérogation bien formelle que nous ne trouvons nulle part.

On reproche à notre bienveillance de favoriser le chantage et de donner naissance à une foule de débats regrettables, d'où la réputation ne sort pas toujours intacte. — Cette crainte est exagérée; il suffit, pour la dissiper, de recommander aux juges une circonspection qui s'impose dans l'examen de litiges aussi délicats. D'ailleurs, si notre solution trop libérale augmente les instances, ne peut-on pas reprocher à celle qu'on nous oppose d'en trop restreindre le nombre ? Exige-t-on une preuve écrite ? Les fiançailles étant nulles, il se pourra qu'un officier public se refuse à les constater en la forme authentique. Les illettrés ne sachant pas signer, privés par conséquent de l'emploi des actes sous seings privés, seront ainsi dans l'impossibilité absolue d'établir en justice leurs promesses de mariage; or n'est-ce pas parmi les gens sans instruction que la fraude recrute ses principales victimes ? Quant aux personnes sachant écrire, elles ne sont pas dans l'usage de confier au papier un engagement tout de conscience et d'honneur comme celui dont il s'agit. Nous croyons fort qu'on n'a pas encore vu de fiancés consignant l'échange de leurs promesses dans un acte en bonne et due forme ! (1)

Aussi c'est avec raison que la jurisprudence la plus récente admet, en notre matière, la preuve testimoniale *de plano* (2).

---

(1) Il faudrait, en effet, que les fiancés aient recours à un acte sous seings privés pour constater leurs promesses si, résidant dans la même ville, ils n'ont pas eu l'occasion d'échanger de correspondance.

(2) T. Loudun, 7 décembre 1882, *Le Droit* du 21 mars 1884; T. Carcassonne, 15 février 1888, *Gaz. Pal.* 88, 2. Suppl. 30; Caen, 4 février 1895, *Gaz. Palais* 96, 1. V° *Pro de mar.* n° 9. — Déjà, en 1864, la Cour de cassation avait décidé que la preuve testimoniale est toujours et sans adjuvant admissible, Cass. 26 juillet 1864, S. 65. 1. 33. « Attendu que l'a. 1348, 1° autorise la preuve par témoins et par présomptions, en matière délictuelle. » — *Adde :* Colmar, 17 juin 1862, *Rec. Arr. Colmar*, 1862, p. 167; T. Draguignan, 31 mars 1863, sous Aix, 23 février 1865. S. 66, 2, 28; Rouen, 23 janvier 1867, *Rec. Arr. Caen et Rouen*, 1867, 2. 10.

§ II. — ***Des moyens de prouver qu'un billet n'est, en réalité, qu'une clause pénale prohibée.*** — Nous savons que les promesses de mariage étant nulles, les clauses pénales destinées à en assurer l'exécution, le sont également (arg. a. 1227, C. C.) (1).

Les parties, pour éviter cette sanction rigoureuse, essaient parfois de dissimuler la *stipulatio pœnæ* sous forme de billet, causé pour prêt par exemple. Le souscripteur du billet, — en l'espèce, le fiancé qui se retire, — est admis à prouver par témoins que cette cause ostensible est simulée et que la cause réelle est illicite, comme consistant en une promesse de mariage avec clause pénale.

On a bien objecté l'article 1341 qui défend l'emploi de la preuve testimoniale *contre* ou bien *outre* ce qui est inscrit dans l'acte. Puis, ajoute-t-on, celui qui se trouve lésé par la fausse énonciation n'est pas intéressant; il ne tenait qu'à lui de ne pas l'insérer.

La Cour suprême a repoussé cette opinion. « Il y a fraude à la loi et, pour la démasquer, on peut user de tous les moyens dont on dispose, car tous sont bons, disait Jaubert au Tribunat, pour pénétrer les replis de l'homme artificieux. » (2)

§ III. — ***Des moyens de prouver que des cadeaux ont été faits.*** — S'il veut obtenir la restitution des cadeaux qu'il a offerts, il ne suffira pas à l'ex-fiancé de faire constater par la justice l'échec des fiançailles. Il devra établir, en outre, que les présents n'ont été consentis qu'en vue du mariage et

---

(1) Art. 1227, § 1 : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. »

(2) Locré, *Lég. de la France*, t. XII, p. 407; Cass. (Ch. réunies), 7 mai 1836. S. 36. 1. 574; Cass. 11 juin 1838. S. 38. 1, 492. — L'argument tiré de l'a. 1341 était facile à réfuter. Sans doute, quand la convention ostensible a été passée par écrit, comme c'est ici le cas, la convention secrète qui en modifie la cause doit être elle-même constatée par écrit, même au dessous de 150 francs, par application de la seconde disposition de l'a. 1341; mais ici l'argument est sans force, *car la cause véritable est illicite comme contraire à l'ordre public.*

que, celui-ci venant à manquer, l'article 1088 est bien dans son cas (1). Comment prouvera-t-il son dire ? De la même façon que le don manuel lui-même; il est conséquent d'appliquer les mêmes principes à la preuve du don et à celle du pacte accessoire qui l'accompagne, c'est-à-dire la condition résolutoire de la rupture (2).

Faisons un pas de plus. Il est avéré, par hypothèse, que la donation tombe sous le coup de l'article 1088. Les cadeaux doivent être restitués au donateur, à charge toutefois pour lui de prouver qu'ils ne sont pas imaginaires. Selon le système qui agrée à la jurisprudence (3), le don manuel est soumis au droit commun des preuves (art. 1341 et s.). Par suite, le fiancé qui demande la restitution des présents litigieux doit produire un écrit quand la valeur réclamée dépasse 150 francs. A défaut d'écrit ou de commencement de preuve préconstituée, il en sera réduit à invoquer, comme dernière ressource, l'aveu ou le serment de l'adversaire.

Aussi le fiancé qui désire obtenir pleine sécurité ne se contentera pas de remettre la chose au donataire; il retirera de celui-ci un reçu qui, le cas échéant, lui servira de titre. On prétendra, peut-être, que c'est là demander l'impossible; mais que l'on songe aux correspondances nombreuses qu'échangent presque toujours entre eux les fiancés ou leurs parents et il apparaîtra, alors, que l'exhition de l'écrit exigé par la jurisprudence n'est pas aussi difficile à réaliser qu'on veut bien le dire. Et les chances sont grandes de trouver

---

(1) L'apposition de la condition résolutoire tacite est licite, car le don manuel dont il s'agit ici est fait *en faveur du mariage*. « En matière de don manuel, la solution de la jurisprudence consiste, en effet, à reconnaître à la convention des parties la même liberté que si elle était contenue en un acte authentique ». Bressolles, p. 255. *Théorie et pratique des dons manuels*, Paris, 1885.

(2) Nous indiquons plus bas, au texte, comment, d'après la jurisprudence, se prouve le don manuel lui-même. Sur un autre système plus indulgent, voy. Bressolles, *op. cit.* p. 387. Le don manuel, et les pactes qui l'escortent, peuvent se prouver *omni modo*.

(3) T. Langres, 19 décembre 1878. S. 79. 2. 263; Cass. 9 août 1887. D. 88. 1. 133; Paris, 17 avril 1894. D. 95. 2. 278. Voir dans Bressolles, *op. cit.*, p. 366, la réfutation de cette doctrine.

dans les lettres des futurs un accusé de réception des présents offerts ! (1)

Ainsi donc, la condition résolutoire de la rupture n'est pas contestée, et le revendiquant a prouvé son don manuel; mais, dans ce litige purement mobilier, le défendeur, pour éviter la restitution, ne peut-il, sans avoir rien à établir, se retrancher derrière l'article 2279 et victorieusement invoquer, comme titre parfait d'acquisition, sa possession que nous supposons constante ?

Nous ne le croyons pas; nous estimons, en effet, avec la jurisprudence (2), que le possesseur ne peut bénéficier de la maxime célèbre que s'il s'appuie sur un juste titre (vente, échange, donation); or, après la résolution du don par suite de l'échec des fiançailles, les cadeaux se trouvent sans titre entre les mains du fiancé gratifié qui, malgré l'énergie de sa possession décolorée, devra s'en dessaisir. C'est sans droit qu'il les détient désormais; il ne l'ignore pas. S'il s'obstine de mauvaise foi à ne pas vouloir se dénantir, il commet un quasi-délit qui engendre à sa charge une obligation personnelle de restitution et l'on sait que les possesseurs tenus d'une semblable obligation n'ont pas lieu de se prévaloir de leur possession pour retenir les choses reçues. L'article 2279 serait ici d'une application indiscrète, car, s'il constitue un obstacle contre lequel vient se briser parfois l'action du propriétaire, il laisse toujours le champ libre à celle du créancier (3).

---

(1) « En effet, le reçu étant destiné à servir de preuve contre le donataire, ne tombe pas sous l'application de l'a. 931, qui n'exige l'authenticité que pour l'engagement du donateur. » Planiol, *Droit civil*, t. III, p. 725. — Quand les fiancés habitent la même ville, il n'y a pas, le plus souvent, de lettres échangées. Les cadeaux sont alors envoyés par la poste et le reçu délivré par elle, lors de l'expédition, servira, le cas échéant, de titre au fiancé donateur, demandeur en restitution.

(2) V. Paris, 30 juin 1893, D ; 94. 2. 501.

(3) Voir Paris, 30 juin 1893, précité. On peut dire sous une autre forme que le fiancé qui sait que le don qu'il détient est résolu, — une décision de justice, par hypothèse, l'a décidé ainsi, — n'est plus désormais qu'un simple dépositaire des cadeaux, partant un détenteur précaire. Or, ni la tradition, ni les motifs de la loi ne permettent d'accorder le bénéfice de l'a. 2279 au détenteur

En terminant, disons avec un arrêt (1), qu'on ne peut poursuivre correctionnellement la future qui se refuse à restituer, même malicieusement, les présents reçus, en considération d'un sérieux projet de mariage qui n'a pas abouti. En effet, la provenance des cadeaux n'a pour origine ni une soustraction, ni un détournement frauduleux.

Puisque nous avons effleuré une question de droit pénal, notons, enfin, que les cadeaux de noces pourront être quelquefois l'occasion d'une escroquerie. Une femme promet le mariage à un individu qui le souhaite ardemment. Elle est bien décidée à ne pas tenir sa parole, — peut-être même est-elle déjà mariée; — mais, pour entretenir son soupirant dans l'espoir d'un succès par lui désiré, elle provoque des fiançailles officielles, avec savante mise en scène et concours de complices, prétendus parents ou amis. Sa situation de fiancée vaut à cette femme de nombreux présents de la part de celui qui se croit son futur mari; puis, après les avoir reçus, elle déclare ne plus vouloir consentir au mariage et s'oppose à toute remise des cadeaux que ses agissements coupables lui ont procurés. — A n'en point douter nous sommes ici en présence d'une escroquerie nettement caractérisée, tombant sous le coup de l'article 405 du Code pénal (2).

---

précaire lui-même. La maxime : « *possession vaut titre,* » n'a été inventée que pour protéger les tiers qui, de bonne foi, ont reçu de lui les objets dont il s'est dessaisi. V. Planiol, *op. cit.*, t. I, p. 429.

(1) Cass. 30 juin 1829. D. 29. 1. 137.

(2) Voir un autre exemple d'escroquerie dans *Bulletin arrêts Paris*, 1866, p. 219.

CHAPITRE IV

DES FIANÇAILLES POUR AUTRUI

ET PAR INTERMÉDIAIRE SALARIÉ

SECTION I. — DES FIANÇAILLES POUR AUTRUI

On pourrait penser qu'après la Révolution, si sincèrement éprise de liberté individuelle, les pères de famille ne songèrent plus à faire revivre les pratiques anciennes consistant à fiancer, sans les consulter, leurs enfants en bas âge, parce que de tels arrangements servaient leurs projets ambitieux ou intéressés. Et cependant Toullier (1), qui écrivit au début de l'application du Code civil, eut à se préoccuper d'un état de choses que l'on croyait disparu alors qu'il subsistait encore. Il examine la validité de la convention par laquelle les pères de deux enfants mineurs les fiançaient et attachaient à leurs engagements la garantie d'une clause pénale. D'après Toullier, si la *pœna* était souscrite par celui des deux pères qui, plus tard, s'opposait à l'exécution des fiançailles, la convention était valable, parce que, loin d'entraver la liberté du mariage, elle la favorisait. Au contraire, si la *pœna* avait été insérée au contrat à la charge du père pour le cas où celui des deux fiancés, relevant de lui, refuserait de tenir la promesse faite en son nom, elle était tenue pour non avenue, car elle pouvait gêner la liberté du

(1) Toullier, *op. cit.*, t. VI, n° 303; Comp. Cass., 22 avril 1834; S. 34. 1. 235.

mariage. En effet, le père, étant personnellement intéressé à la réalisation de l'union, pourrait abuser de son autorité pour vaincre les résistances de son enfant et échapper ainsi à la *pœna*. — Demolombe, lui, ne distinguait pas, et, avec raison, enseignait qu'en toute hypothèse, la clause pénale était radicalement nulle comme contraire à l'ordre public (1). Le père doit se prononcer sur l'avenir de son enfant à l'abri de toute menace d'une peine pécuniaire. Quand il est appelé à intervenir, s'il veut se montrer digne de la mission que la loi lui confie, il importe qu'il statue dans la plénitude de sa liberté et de son indépendance.

SECTION II. — DES FIANÇAILLES PAR INTERMÉDIAIRE SALARIÉ.

La question que nous venons d'examiner, parce que les anciens auteurs la débattaient, n'a pas donné lieu à des décisions récentes; mais il en est une autre, plus pratique, qu'à notre époque de mercantilisme à outrance, les Cours ont encore à solutionner parfois. C'est la suivante : en matière de fiançailles, l'entremise salariée est-elle licite ?

En un rapport élégant et très renseigné, M. le conseiller Laborie a fait, en 1855 (2), devant la Cour suprême, le procès des agences matrimoniales, qui, *pour le cas de succès seulement*, se font promettre comme prime une fraction de la dot conquise grâce à leur ministère. Nous ne voulons pas reprendre par le menu les divers arguments exposés par le haut magistrat en faveur de chacune des doctrines en conflit; il nous suffira d'esquisser ici le système auquel on paraît bien s'être définitivement rallié

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 32.

(2) Il s'agissait d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Poitiers du 9 mars 1853; S. 53. 2. 653. Le rapport du conseiller Laborie a déterminé le célèbre arrêt de cassation du 1er mai 1855; S. 55. 1. 337; D. 55. 1. 147.

aujourd'hui. L'analyse succincte que nous allons en donner est nécessaire pour résoudre, par analogie, la question qu'au début, nous avons posée.

Sans doute, les Romains accordaient volontiers une rétribution au proxénète et la tenaient même pour une des plus légitimes (1); mais le mariage n'avait pas, en droit païen, l'importance morale que, depuis lors, il a acquise. Avec le Christianisme, sa dignité s'est accrue; c'est dans l'affection seule, et non plus dans l'intérêt, que doit résider son essence. Aussi, importe-t-il, avant tout, qu'il soit le résultat d'une vocation complètement libre. Malgré le scepticisme de l'heure présente, on a encore une foi profonde en la sainteté du mariage et en son utilité sociale. L'ordre public ne saurait tolérer, en pareille matière, d'autre ingérence que celle de tiers dévoués, qui, sans demander le prix de leur concours, apporteront au service d'une cause qui leur est chère, une honnêteté rigoureuse et une parfaite loyauté. Peut-on en dire autant de l'intermédiaire professionnel qui, guidé par le seul appât du gain, trafiquera sans scrupule de la marchandise matrimoniale ? Sous sa pernicieuse influence, les époux se trouveront enserrés dans un lien dont la rupture est toujours difficile et pénible, et, parfois, n'osant pas le briser, ils souffriront toute leur vie d'une union qui, mal assortie, était fatalement vouée aux pires destins.

On dit bien que le mariage n'est pas l'objet de l'accord intervenu, lequel ne repose que sur des soins et des démarches, des enquêtes et des voyages, toutes choses, en elles-mêmes, fort licites. — Malgré les artifices des formules, il est aisé de s'apercevoir, dès l'abord, que le contrat porte exclusivement sur le consentement à obtenir pour la formation du mariage; c'est sur cela seulement que l'on spécule. Si l'entremetteur échoue,

(1) *Proxenetica licito jure petuntur*, l. 1, D, *De Proxeneticis;* Voy. également, au Code, le titre *De Sponsalibus et arrhis sponsalititiis proxeneticis*. Les proxenètes, *conciliatores nuptiarum*, étaient si nombreux, à Rome, qu'Ulpien pouvait dire : *Sunt enim hujusmodi hominum, ut tam in magna civitate officinæ*, l. 3, D. *De Proxeneticis*.

il ne lui est rien dû, et, s'il réussit, une fraction de la dot doit lui être versée, rémunération presque toujours au dessus de tout rapport avec son travail. Pour ne pas perdre cette aubaine, sans pudeur le proxénète mettra en action la vieille maxime de Loysel : *en mariage trompe qui peut.* Aussi serait-ce une honte d'ériger le courtage matrimonial en industrie patentée. Il faut, avec nos anciens Parlements (1), décider que l'engagement souscrit comme prix des services du proxénète est nul parce que sa cause est immorale et son objet illicite.

Depuis 1836, la jurisprudence ne s'est pas démentie. « Les conventions qui ont pour objet la conclusion d'un mariage dans le but d'obtenir un salaire sont nulles. » — Sans défaillance notable, les arrêts ont toujours enregistré la même théorie (2).

Elle s'applique de même, — et c'est pour cela que nous en avons reproduit ici un résumé, — à la négociation facturée des fiançailles comme à celle du mariage. La dignité de l'union conjugale, affirment avec force les tribunaux civil et de commerce de la Seine, s'oppose à ce que *ses préliminaires* alimentent un contrat non purement gracieux (3). « Tout ce qui peut, disent leurs jugements, contrarier ou restreindre la liberté absolue sous l'empire de laquelle la loi a placé le consentement des époux étant

(1) Arrêt du Parlement de Paris du 29 janvier 1591, cité par Mornac, (t. IV, p. 25, chap. 53). « M. l'avocat-général remonstra et la Cour décida que telles pactions étaient *illicites* »; arrêt du même Parlement du 7 août 1690, cité par l'avocat Gillet, *Œuvres*, t. I. Ed. de 1716, p. 121 et s.

(2) Paris, 10 août 1836, *le Droit* du 20 août; Poitiers, 1853 et Cass. précités; Trib. Annecy, 2 août 1888, *le Droit* du 19 septembre; Besançon, 6 mars 1895, *Gaz. Trib.* du 17 mars 1895. — Peu importe, d'ailleurs, que le salaire stipulé, proportionnel à la dot, soit dû en vertu d'une coutume juive, généralement observée entre israélites, aucune coutume ne pouvant prévaloir contre un principe d'ordre public, Trib. Saint-Dié, 4 avril 1891, *Rec. Arrêts Nancy*, 1892, p. 5. — Doctrine unanime : Demolombe, t. I, n° 335; Aubry et Rau (4e éd.) t. V, § 345, n° 14; Huc, t. II, n° 11; Glasson, *Du Cons. des ép. au mariage*, n° 104.

(3) T. Com. Seine, 3 mars 1891 et T. Civ., 18 mars 1891. S. 93, 2, 24.

nul en soi, il doit en être ainsi du mandat financé donné à un tiers d'employer ses soins et son influence en faveur du mandant pour un objet que la loi a voulu mettre précisément à l'abri de toute influence. »

Nous croyons toutefois que la sévérité des arrêts, fondée en ce qui concerne l'entremise cupide des tiers en matière de mariage, l'est bien moins quand il ne s'agit plus que de préparer de simples fiançailles. Si le proxénète a stipulé des honoraires en cas de succès non pas de l'union définitive, *mais seulement des accords anténuptiaux*, nous ne voyons rien, en somme, qui nous autorise à traiter avec une malveillance outrée son action en paiement. Il a rendu un service licite en rapprochant deux personnes qui désiraient s'unir. Après la conclusion des fiançailles officielles, sa mission est terminée. Dès ce moment, ainsi qu'il a été convenu, son droit au salaire est né et subsiste quels que soient les événements ultérieurs. Aussi nous semble-t-il qu'en bonne justice, la rétribution fixée lui est due. A le décider ainsi il n'y a, croyons-nous, aucun grave danger. Les fiancés, on le sait, ne sont pas liés juridiquement par l'échange de leurs promesses. L'agent matrimonial s'est borné à les faire entrer en relations. Pendant la durée des fiançailles, parfois assez longue, les futurs époux se fréquenteront tout à leur aise et s'étudieront à loisir. Si, après un examen méticuleux et attentif qui s'impose à leur prudence, ils estiment qu'il vaut mieux pour leur commun avantage ne plus donner suite à leurs projets, ils reprendront leur parole; les tribunaux les y autorisent. Le courtier, dont nous supposons le salaire acquis aussitôt après les fiançailles, ne fera rien, on le conçoit, pour exhorter les parties à ne pas briser le lien qu'elles ont formé, et par là s'évanouit le grand argument, à vrai dire, le seul sérieux dirigé contre l'industrie proxénétique, accusée par les moralistes de déterminer par tous les moyens, même les moins recommandables, les candidats au mariage à persévérer dans la voie où on les a engagés. Le mariage avorte-t-il, le salaire s'envole; et, dès lors, pour éviter un

échec et obtenir, malgré tout, un consentement précieux, on s'arrangera pour prévenir ou combattre, et toujours vaincre, les raisons d'hésitation ou de refus.

Cette considération n'est plus de mise quand il a été arrêté que les fiançailles, quelle que soit leur fortune, donneraient droit par elles seules à une commission (1).

Notre théorie intermédiaire nous paraît saine. A une époque de dissolution des mœurs, on ne saurait trop encourager les mariages, — nous entendons les bons, c'est-à-dire ceux, qui sérieusement préparés et par les intéressés eux-mêmes, sont, le plus souvent, assurés d'un solide et durable avenir. Or, les agences de fiançailles, dont ce n'est pas le but de pousser jusqu'au mariage, n'ont d'autre objet que de mettre en présence deux personnes qui, à l'abri de toute influence étrangère, souscriront sans pression à des arrangements qu'elles ne réaliseront qu'autant, qu'après libre et mûre réflexion, ils n'auront pas cessé de leur agréer (2).

---

(1) Remarquons que cette commission sera toujours bien moins importante que celle stipulée en cas *seulement* de conclusion du mariage. Il est plus facile, en effet, d'aboutir à des fiançailles que de réussir un mariage. La modicité de la rétribution est une raison de plus de la voir sans trop de défaveur.

(2) Comp. Larombière, *Contrats et Obligations*, t. I. sur l'art. 1133, n° 11. Cet auteur, tout en refusant, en principe, une rétribution à l'entremetteur, considérait cependant comme légitime la stipulation d'un salaire *non subordonné au succès du mariage lui-même*. En ce cas, le prix dû était justifié *non par la négociation éventuelle du mariage*, mais par les soins, travaux et bons offices de toute nature de l'agent. — Voy. aussi Laurent, *op. cit.* t. I. n° 151.

CHAPITRE V

DES FIANÇAILLES

ACCOMPAGNÉES DE SÉDUCTION ET SUIVIES DE GROSSESSE

Dans notre étude des fiançailles correctes, en parlant du préjudice matériel et moral, de parti pris nous avons négligé, pour nous y attarder maintenant plus à notre aise, l'examen d'un tort d'une nature toute spéciale qu'entraîne assez souvent avec elle la rupture des fiançailles.

Sous l'empire de la passion qui, tout entière, la subjugue, la jeune fille, dans un moment d'oubli, s'abandonne parfois aux baisers défendus de celui que les fiançailles l'autorisaient à considérer comme son futur époux. Le mariage, à bref délai, vient, dans bien des cas, réparer tout le mal. On en a goûté par avance les prémices et rien de plus ; mais il arrive aussi que ce n'est que la trahison qui se préparait dans le mensonge de l'étreinte, le parjure germait déjà dans la formule du serment et le piège se dissimulait sous la caresse... Des promesses d'antan rien ne reste qu'une fille séduite, à la réputation flétrie, dont personne, désormais, ne voudra plus. En vérité, il serait mieux de ne point tenir pour déchue la femme amoureuse qui s'est laissée abuser par des allégations menteuses et des engagements fictifs ; mais nous savons qu'en l'état actuel de nos mœurs, il n'en est pas encore ainsi. La femme qui s'est livrée à son fiancé est tenue pour indigne. Délaissée sans pitié par un homme, qui avouera peut-être à tous ses relations illicites, elle ne trouvera que difficilement à s'établir, si, par une union régulière, elle cherche à fuir la débauche qui la guette. —

Sur le terrain du droit pénal (1) désarmés contre le séducteur, les tribunaux n'ont pu qu'accorder à la victime une indemnité basée sur le grave préjudice moral (2) qu'elle éprouve; mais cela, ils n'ont pas hésité à le faire.

Toutefois, les dommages-intérêts ne sont alloués qu'à la condition de relever *un délit* ou *quasi-délit* à la charge de l'homme, car il est bien certain que si c'est la femme qui a provoqué les relations coupables (3), il ne lui est rien dû, parce qu'alors, la faute disparaît chez celui qu'on ne peut plus appeler un séducteur (4). Pour que l'article 1382 soit dans son cas, il faut que la femme n'ait succombé qu'à la suite de *manœuvres dolosives* ou de *contrainte morale*. Cette dernière consistera, par exemple, dans l'abus d'une supériorité d'âge, de position sociale ou de fortune (5). Quant aux manœuvres dolosives, ainsi que l'attestent les Recueils *c'est grâce aux* **promesses de mariage** *que presque toujours elles s'exercent* (6). La faute de la femme révèle, le

(1) Le Code pénal ne s'occupe pas de la séduction proprement dite, au moins d'une fille au-dessus de seize ans. « Après cet âge, les rédacteurs ont pensé que la séduction que la nature n'avait pas mise au rang des crimes, ne pouvait y être placée par la société. Comment, en effet, reconnaître l'agresseur dans un combat où le vainqueur et le vaincu sont moins ennemis que complices ? » Locré, *Législation de la France*, t. xxx, p. 529. — Cp. a. 331, 355, 356 C. P.

(2) Voici ce que la jurisprudence entend par préjudice moral : « Attendu que, dans l'appréciation du préjudice moral, il faut tenir compte : 1° des souffrances morales ; 2° de la difficulté d'un établissement ultérieur ; 3° de la nécessité où se trouve actuellement Adeline C... de demeurer séparée de sa famille et éloignée de son pays. » Trib. Die, 22 décembre 1885 (*Revue du notariat*, n° 7483).

(3) « En effet, dit Laurent, de même qu'il y a des séducteurs, il y a aussi des *séductrices*. »

(4) V. Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, (4e éd.), t. I, n° 662; Angers, 2 décembre 1868. D. 69. 2. 241; Trib. Chambéry, 31 mai 1887, *Gaz. Palais*, 87. 2. Sup. 23.

(5) Voir les motifs d'un arrêt de la Cour de Dijon du 16 avril 1861; D. 61. 2. 423. Il s'agissait, en l'espèce, d'une petite bonne de treize ans et demi, séduite par le frère de la maîtresse de maison, âgé de vingt-quatre ans.

(6) V. Millet, *De la séduction* (Paris, 1872,) p. 57; Bordeaux, 23 novembre 1852. D. 56. 2. 23 : « Attendu qu'il serait contraire à toute justice que le séducteur habile et persévérant qui, *à l'aide d'une promesse de mariage réitérée et rendue croyable*, serait parvenu à triompher d'une jeune fille, jusqu'alors honnête, et à la perdre, pût ensuite l'abandonner dans sa honte et dans son malheur... » V. en ce sens, Trib. Perpignan 18 mars 1889, *Le Droit* du 4 septembre 1889.

plus souvent, des fiançailles toutes simples, toutes élémentaires si l'on veut, bégayées peut être, mais elle les met fatalement au jour, elle les fait présumer par elle seule (1).

Jusqu'ici nous n'avons parlé que du préjudice moral, résultant presque toujours, comme corollaire obligé, de la séduction, obtenue à l'aide de fiançailles fallacieuses ou de tout autre moyen coupable. Il s'aggrave parfois et se double d'un dommage matériel très considérable : **la grossesse,** dont il semble, à première vue, qu'il faille tenir compte, comme d'un élément primordial, dans le montant de la condamnation.

Et cependant l'application normale des articles 1382 et 1383 du Code civil vient, ici, se heurter à un obstacle qui paraît empêcher d'une façon invincible, la revendication de la mère contre le fiancé infidèle; c'est *l'article 340* qui interdit la recherche de la paternité. — Cette disposition de notre loi est-elle légitime ? Est-il juste de laisser la femme expier seule le péché commun ? — Il ne nous plaît pas d'exposer, à cette place, la controverse banale que personne n'ignore plus. Disons seulement que, d'après nous, l'acte d'amour donne à la femme un droit sur le père de l'enfant, et ce n'est point, à notre avis, une raison de ne pas autoriser, sous garanties efficaces, la recherche de la

(1) C'est précisément pour cela que, dans notre étude, quelques développements sur la séduction, *dont les fiançailles mensongères sont* **presque toujours** *l'instrument*, nous paraissent à leur place. — Néanmoins, cette matière n'intéresse notre sujet que par un point; aussi l'avons-nous passée sous silence dans notre historique. — A Athènes, la séduction d'une citoyenne non mariée, n'appartenant pas notoirement à la classe des prostituées, était assimilée à l'adultère et pouvait être poursuivie par l'action μοιχείας. V. Thonissen, *Drt. Pén. de la Rép. Ath.*, Bruxelles, 1875, p. 336. — A l'inverse de la *fornicatio* (simple rapprochement éphémère avec des courtisanes), le *stuprum* (véritable séduction d'une fille ou veuve honnête) était, à Rome, sévèrement puni. Inst. J., I. IV, *De Pub. jud.*, § 4. — Chez les Germains, on respectait autant l'honneur de la femme que la parole qu'on lui avait donnée. V. Millet, *op. cit.* p. 5 et 6. — Aux dires de Merlin, le droit canonique primitif condamnait le séducteur à épouser sa victime s'il ne voulait être pendu. *Rép. V° Fornication*, § 1. — Le droit coutumier décidait que l'auteur de la séduction par promesse de mariage devrait ou prendre pour femme la fille qu'il avait défiorée ou lui payer une dot suivant ses facultés et, le cas échéant, entretenir l'enfant : « *Qui fait l'enfant doit le nourrir* », proclame Loysel en ses *Institutes*. Cp. a. 497. Cout. Bretagne et Guyot. *Rec. de jurisp., V° Rapt*, p. 454, Éd. de 1785.

paternité parce que, à l'inverse de la maternité qui tient à la chair féminine, et tôt visible, s'y incruste, il est plus difficile d'en découvrir l'auteur avec une complète certitude.

Quoi qu'il en soit, le Code a cru devoir édicter l'article 340, et, sans plus protester, il ne nous appartient que de nous incliner devant le prescrit d'un texte formel. La prohibition est générale (1), elle s'applique à la mère comme à l'enfant; elle est, de plus, absolue dans ses termes et exclut, par là même, toute action qui tendrait par voie directe ou détournée à révéler une paternité forcée. Or, si un jugement déclare, pour le condamner, que le fiancé est l'auteur de la grossesse et si, d'autre part, la mère reconnaît l'enfant qui en est issu, de la combinaison de ces deux actes authentiques ne se dégagera-t il pas nécessairement que le fiancé est le père de l'enfant? N'est-ce pas, à l'aide d'un biais, divulguer une filiation dont la loi défend la recherche ? Ces procès scandaleux renaissent que l'ancien droit tolérait parce qu'ils étaient, à cette époque, la sanction du principe opposé admis alors et expressément répudié depuis par le législateur de 1804.

Au début du siècle dernier, la Cour de cassation avait su donner courageusement à l'article 340 toute la rigoureuse portée qu'exige sa formule extensive (2). Dès les Requêtes, tout pourvoi était rejeté contre les arrêts qui, sans pitié, déboutaient de leur action les demanderesses en quête de paternité pour les enfants illégitimes qu'elles n'avaient conçus que sur la foi de fiançailles trompeuses.

Mais un jour vint où l'on s'émut d'une sévérité qui était bien près de ressembler à un flagrant déni de justice et,

---

(1) Sauf, dans le cas d'enlèvement (a. 340. C. C. *in fine*).

(2) Citons quelques arrêts pris, au hasard, parmi bien d'autres : Cass. 26 mars 1806 et 10 mars 1808, Sirey chr. : « Attendu, dit la Cour, que toute recherche de paternité est abolie, non-seulement par rapport aux droits successifs, mais encore relativement aux aliments pour l'enfant *et aux dommages-intérêts pour la mère*, par la raison que la paternité, étant indivisible, un homme ne peut pas être le père pour un cas et ne pas l'être pour un autre cas; qu'en condamnant le sieur X... à des dommages-intérêts et aux frais de gésine, le Tribunal a commis un excès de pouvoir *et violé l'a. 340.* » *Adde* : Toulouse, 13 mai 1842. D. *Rép. V° Mariage*, n° 89.

habilement, tout en rendant hommage à la loi, on sut solliciter assez, pour l'éluder, un texte que l'on trouvait par trop dur. Condamner au profit de la fiancée délaissée l'auteur de la grossesse, c'était, disait-on, frapper seulement *l'amant* et non le *père de l'enfant*. On n'attribue pas une filiation à ce dernier et tout autre est l'objet du débat. Le seul article invoqué est, en l'espèce, l'article 1382. La femme ne demande pas que l'enfant dont elle est accouchée soit déclaré le fils de son ex-fiancé; elle ne conclut à des dommages-intérêts envers celui-ci que *parce qu'il a commis un délit en rompant sans motifs les promesses qu'il lui avait faites*. Toutes les conséquences de sa faute, il les doit réparer. Si, dans le calcul de l'indemnité, il importe de tenir compte de la grossesse, c'est qu'elle est un élément de dommage, mais, en rien, elle ne préjuge la question d'état. En veut-on une preuve ? L'action n'est intentée ni par l'enfant, ni en son nom. Celui-ci ne pourra pas se baser sur le jugement intervenu pour réclamer le titre de fils de l'ancien fiancé de sa mère et profiter des avantages successoraux et autres que la loi attache à la qualité d'enfant naturel. La femme ne poursuit qu'une chose : démontrer que le reproche d'inconduite qu'on lui adresse n'est pas fondé; dès lors, son fiancé s'est retiré sans raison et, par suite, a commis envers elle une faute dommageable dont il demeure comptable.

Le 24 mars 1845, la Cour de cassation, revenant sur sa précédente doctrine, appliqua dans toute son étendue la théorie subtile que nous venons, en bref, d'exposer (1).

---

(1) L'arrêt est célèbre et mérite d'être rapporté : « La Cour, — Attendu qu'il ne s'agissait pas devant la Cour de rechercher quel était le père de l'enfant dont la demoiselle B. est accouchée; que l'enfant, étranger au débat, ne peut, en aucune façon, ni souffrir ni profiter de la décision intervenue, que l'unique question est celle du préjudice causé à la demoiselle B. par le sieur L. ;

« — Attendu qu'il est constaté par l'arrêt que le sieur L. a abandonné la fille B., après l'avoir séduite, qu'il est la seule et unique cause du dommage qu'elle éprouve; que *c'est, avec raison, que l'arrêt attaqué a fait application de l'a. 1382 du C. C.* » — Par ces motifs, rejette; Cass. Req. 24 mars 1845. D. 45. 1. 177. Dans le même sens V. Paris, 16 février 1890, *Gaz. Palais*, 90. 1. 424; Nîmes, 20 janvier 1891, *Gaz. des Trib.* du 28 mars 1891; Orléans, 12 janvier 1893, S. 2. 267.

Depuis, elle s'y est toujours maintenue et, aujourd'hui, la jurisprudence est unanime, ou à peu près, en ce sens.

— Il est permis de n'accepter ce nouveau système que sous bénéfice d'inventaire (1); on peut lui faire grief d'avoir imaginé une double paternité naturelle, alors que le Code n'en connaît qu'une seule, une et indivisible, produisant toujours des effets identiques; il n'en est pas moins vrai que les tribunaux ont agi humainement en ne se laissant pas hypnotiser par un texte d'une excessive rigueur. Il convient de les féliciter d'avoir su trouver un détour honorable qui, sans donner peut-être strictement à la loi toute la satisfaction qui lui est due, accorde, en revanche, à l'équité les exigences élémentaires que, dans notre société, elle réclame (2).

Nous ne songeons pas, en effet, à ressusciter la théorie de l'ancien droit qui, avec quelque exagération, admettait, *sans distinguer s'il y avait oui ou non véritable séduction*, que toute fille-mère n'avait cédé que parce qu'auparavant des fiançailles expresses ou tacites avaient été entendues et que le mariage lui avait été promis (3). A cette époque, nous le savons, les dommages-intérêts accordés au fiancé éconduit s'expliquaient non par un délit, mais par la violation d'une obligation. D'après Fournel, par exemple, la jeune

---

(1) V. les réserves de M. Huc, *dans son Commentaire du C. C.*, t. II, n° 8. — « Pour appliquer ce système, dit Marcadé, la meilleure précaution à prendre sera de laisser passer ici les faits sans leur donner leur qualification propre, d'admettre la chose en écartant les mots. » *Rev. crit.* t. III, p. 205.

(2) Par leurs sentences réparatrices, les tribunaux, en venant en aide aux filles-mères, ne font qu'obéir à la voix de la conscience publique. « L'entorse qu'ils donnent à la loi avertit le législateur que son œuvre doit être réformée ou améliorée, et quand la loi leur paraît mauvaise, c'est pour eux un devoir de le dire. » Ainsi s'exprimait, en son discours de rentrée, M. l'avocat-général Mérillon devant la Cour de cassation. *Gaz. Trib.*, nos des 16 et 17 octobre 1899.

(3) « Le titre d'une fille abusée est bien dans une convention présumée faite avec son séducteur. Quand une fille a le malheur de sentir sa vertu chanceler, il n'est point contraire aux bonnes mœurs d'exiger de son séducteur qu'il se hâtera de lui donner le titre d'épouse légitime; *c'est sous cette condition qu'une fille est toujours présumée avoir succombé.* La stipulation est si naturelle, si vraisemblable que, de tout temps, elle a été supposée de droit, sans que la fille eût besoin d'en rapporter un titre par écrit. » Fournel, *Traité de la Séduction*, 1781, Chap. I.

fille qui poursuit une indemnité se plaint, en réalité « d'une infidélité, d'un manque de parole, *enfin de l'inexécution d'un contrat* » (1). — Déniant toute valeur juridique aux fiançailles, nous disons simplement, avec une jurisprudence constante, que lorsqu'avec précision (2), il sera démontré qu'un homme n'a obtenu d'une jeune fille les dernières faveurs qu'en l'appelant sa future femme, *si les relations intimes n'ont été déterminées que par la formelle assurance d'une prochaine union* (3), une condamnation doit être prononcée à la charge du séducteur, basée sur les conséquences préjudiciables du quasi-délit par lui commis. Dans le calcul de la réparation, la grossesse doit, le cas échéant, être prise en sérieuse considération. Ce n'est point, nous le répétons, trancher une question de filiation. Puisqu'il faut s'y résigner, nous consentons bien à ce que l'enfant reste sans père; mais que ce ne soit pas, du moins, aux bras d'une fille sans pain !

---

(1) Fournel, *op.* et *loc. cit.*

(2) Les tribunaux qui ont une tendance à admettre la preuve testimoniale toute nue *(Voy. notre Chap.* III), quand il s'agit d'établir l'existence des promesses de mariage ordinaires, sont plus sévères, si ces dernières ont été suivies de séduction. Elles ne peuvent alors être prouvées que par écrit. C'est le contraire de ce qui était admis dans l'ancien droit. Voy. Toulouse, 5 mars 1888, *Gaz. P.* 88. 1. 698; Lyon, 6 mars 1888, *Gaz. P.* 88. 2. sup. 37; Toulouse, 30 juin 1891, *Gaz. P.* 91. 2. 307; Trib. Termonde, 28 mars 1891, *Gaz. P.* 91. 1. 468. — *Contra :* Loudun, 7 décembre 1883, *Gaz. P.* 84. 1. 740.

(3) Toutes les fois que des dommages-intérêts ont été accordés à la fille séduite pour inexécution d'une promesse de mariage, il a fallu établir entre ces deux faits une relation certaine de causalité. Si, dans la plénitude de son libre arbitre, en dehors de toute promesse matrimoniale, la femme s'est spontanément donnée, il ne lui est rien dû. Tous les arrêts le disent expressément ou le donnent à entendre. V. Toulouse, 30 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 307 T. Carcassonne, 15 février 1888, *Gaz. Pal.* 88. 2. sup. 30.

Cependant, une décision récente du tribunal de Château-Thierry, rendue sous la présidence de M. Magnaud, élargit singulièrement le principe établi par notre jurisprudence. On n'exige plus qu'il y ait eu *véritable séduction*. La condamnation du défendeur n'est motivée que sur cet attendu : « *La naissance de l'enfant est tout autant le fait de l'homme que celui de la femme.* » Peu importe donc que cette dernière ait fait les premières avances ! Château-Thierry, 23 novembre 1898, *Rec. Gaz. Trib.* janvier 1899., p. 77.

CHAPITRE VI

LES FIANÇAILLES A L'ÉTRANGER

L'entreprise serait chimérique de vouloir, comme le *Svod* russe, tout codifier et tout prévoir. Il suffit de poser avec netteté les principes essentiels et de laisser à l'interprète le soin d'en déduire les pleines conséquences logiques. Sans doute ! mais, en ce qui concerne le droit matrimonial, le législateur ne saurait être trop explicite. Le mariage est un contrat, mais un contrat tout spécial, mettant en présence des affections bien plus que des intérêts, et l'on conçoit que, dans leur application à notre délicate matière, les purs principes soient souvent contrariés. Quelle orientation précise leur donner? C'était au législateur à nous l'indiquer. En oubliant de parti-pris les promesses de mariage, il a encouru un grave reproche que les lois étrangères ont su éviter. Celles-là mêmes qui n'accordent aux *sponsalia* aucune valeur juridique ont eu, du moins, la précaution de nous le dire, car passer sous silence les fiançailles, comme l'a fait notre Code civil, cela ne signifie assurément pas que, dans nos mœurs, elles n'existent plus.

SECTION I. — LES FIANÇAILLES CORRECTES

Les lois espagnoles anciennes accordaient une grande importance aux fiançailles qu'elles entouraient de solen-

nités (1). Celui qui promettait le mariage ne pouvait se dédire qu'en payant une forte indemnité et en restant dans le célibat tant que l'autre partie n'était pas mariée.

Aujourd'hui, le nouveau Code de 1889 (a. 43 et 44) (2), ainsi d'ailleurs que le Code portugais (3), ne voit plus dans les fiançailles un engagement obligatoire; mais le fiancé délaissé peut, dans certains cas, réclamer le remboursement des dépenses faites en vue de l'union projetée et, en outre, le paiement d'une indemnité.

Avant 1865, en Italie, où le mariage ne relevait que de l'autorité religieuse (4), les *sponsalia* étaient réglementées par le droit canonique. Aux termes de l'article 53 du nouveau Code (5), « la promesse réciproque de contracter ensemble mariage n'engendre pas d'obligation légale de le contracter, ni d'accomplir la prestation qui a été stipulée pour le cas d'inexécution de cette promesse ». — L'article 54 ajoute : « Si cette promesse a été faite dans un acte public ou sous seings privés (6) par un majeur, ou même par un mineur autorisé des parents dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, ou bien si cette promesse résulte des publications faites par l'officier de l'état civil, le promettant, s'il refuse de l'exécuter sans juste motif, sera tenu d'indemniser l'autre partie de toutes les dépenses causées par cette promesse de mariage. Néanmoins, l'action en indemnité ne sera plus recevable après une année écoulée depuis le jour où cette promesse de mariage aurait dû recevoir son exécution. »

---

(1) Jusqu'à la Révolution de 1868, l'Espagne « ce paradis de l'Église » a soustrait au pouvoir civil sa législation matrimoniale, exclusivement inspirée des prescriptions canoniques.

(2) Voy. E. Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, (1890), p. 60.

(3) Sur le mariage portugais, Voy. Glasson, *Le Mariage civil et le divorce*, (2e éd.) p. 301 et suiv.

(4) Voy. Glasson, *op. cit.*, p. 285.

(5) Sur le Code italien de 1865, voy. Gide, *De la Condition privée de la femme*, (2e éd.), p. 289.

(6) « Ce n'est pas, dit Laurent, que la promesse de mariage soit un acte solennel, il s'agit uniquement de la preuve. » *Avant-projet de révision du Code civil belge*, Bruxelles (1882) t. I, p. 325 et 326.

Cette courte prescription se conçoit; de pareils litiges s'accommoderaient mal d'un règlement trop tardif. — Mais nous estimons, par contre, avec Laurent (1), « qu'il est inadmissible que la promesse de mariage faite par un mineur ne donne lieu à une indemnité que s'il est autorisé par ses parents. Puisque les fiançailles ne sont pas un contrat, il ne faut pas y appliquer les règles des contrats. » — Nous ne comprenons pas, non plus, la sévérité des dispositions restrictives de la loi italienne sur la production des modes de preuve. La promesse de mariage est une convention nulle ; c'est un pur fait qui devrait, comme tel, pouvoir être établi *omni modo*.

Les Codes hongrois et néerlandais (2) ne donnent pas d'action pour contraindre au mariage, ni dommages-intérêts s'il y a eu violation des promesses, mais, en cas de préjudice causé, il y a lieu à réparation.

En Allemagne, avant la mise en vigueur du nouveau Code civil, la loi du 6 février 1875 s'était contentée de séculariser le mariage sans enlever aux fiançailles l'importance que leur attribuaient les anciens textes germaniques. « Les fiançailles, nous dit M. Glasson (3), étaient contractées suivant certaines formes solennelles devant la famille assemblée ou le ministre du culte ou le juge ou le notaire. Elles créaient entre les deux familles un lien étroit et produisaient de très sérieux effets. » (4) — Actuellement, le Code de 1900 refuse aux promesses de mariage toute efficacité juridique. Toutefois, aux termes de l'article 1298, « le futur qui s'est retiré sans motifs est tenu envers

---

(1) Laurent, *op.* et *loc. cit.* Sur quelques critiques, peut-être exagérées, portées contre les art. 53 et 54 du Code italien, voy. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, (1868), t. I, p. 34.

(2) *Codes néerlandais de 1838*, art. 113, Trad. Tripels (1886), p. 71; *Législation hongroise sur l'état-civil et le mariage*, loi n° XXI (a. 1 à 15). En Hollande, l'action se prescrit par dix-huit mois, à dater du jour de la première publication; en Hongrie par un an.

(3) Glasson, *op. cit.* p. 344. L'a. 76 de la loi de 1875 se borna à décider que les fiançailles ne relèveraient plus, à l'avenir, et sous aucun rapport, des autorités spirituelles.

(4) *Landsrecht prussien*, 2e partie, t. 1, a. 91 et suiv.

l'autre fiancé et les père et mère de celui-ci, ainsi qu'envers les tiers qui ont agi à la place des père et mère, de réparer le dommage résultant de ce que, en prévision du mariage, il a fait d'autres dispositions au sujet de ses biens ou de ses moyens d'existence. — L'obligation de réparer le préjudice n'a pas lieu en cas de rupture pour cause grave. »

Dans la Suisse allemande, les lois cantonales s'occupent des fiançailles. Elles leur attribuent, pour la plupart, de si puissants effets que l'une d'elles, celle de Zurich, va jusqu'à accorder aux fiancés un droit réciproque assez étendu sur la succession du prémourant (a. 896) (1). D'après l'article 581 de la même loi, le fiancé délaissé à la légère peut retenir les présents qu'il a reçus et réclamer une indemnité pour le préjudice éprouvé *(Schadenersatz)* et le gain manqué *(Genugthuung)*.

Cette doctrine a prévalu dans les Codes d'Argovie (a. 47), des Grisons (a. 24 et 25) (2), de Thurgovie (a. 18 à 28) et de Soleure (a. 82). A Berne, le coupable encourt même de quatre à vingt jours d'emprisonnement, lorsque le caprice est manifeste ou que la rupture cause un scandale public (3).

Dans les États scandinaves, pendant de longs siècles, une promesse de mariage accompagnée des formalités requises avait une importance exceptionnelle et une telle rigoureuse énergie qu'elle mettait les parties dans l'obligation légale d'accomplir strictement l'union promise. — En Suède, au xv[e] siècle, le Code du roi Christophe autorisait le fiancé à pénétrer, en présence de quatre témoins, dans la maison de la future épouse afin de s'en emparer même par la force si l'on se refusait à la lui livrer. — Ces usages, résidus des

(1) Le montant en est fixé par l'a. 898 : « En cas de décès de l'un des fiancés avant la célébration du mariage, l'autre obtient en toute propriété : 1° les présents des fiançailles qui avaient été faits au prémourant, s'ils existent encore en nature; 2° si le prémourant ne laisse pas de descendants légitimes, un dixième de sa succession nette. »

(2) *Code civil de Canton des Grisons*, Trad. R. de la Grasserie (1893) p. 40 et suiv.

(3) Sur les fiançailles dans le canton de Saint-Gall, voy. Glasson *op. cit.*, p. 395. Une loi du 27 novembre 1878 y reconnaît la pleine validité des promesses de mariage.

vieilles coutumes germaniques, ont manifestement inspiré la loi de 1734, qui, toujours en vigueur, réglemente les fiançailles en 19 articles. « S'il n'y a pas de motifs suffisants pour la rupture, dit l'article 5, celui qui l'a provoquée ne pourra se marier avec une autre femme avant de s'être mis d'accord avec la fiancée qu'il laisse. » (1) Les fiançailles sont considérées comme une espèce de demi-mariage; aussi sont-elles entourées de solennités, elles doivent être contractées en présence du *giftoman*, (personne investie de la puissance familiale sur la fille), et de quatre parents, deux du côté de chaque fiancé. Quand ces formes ont été omises, le *giftoman* peut demander la nullité et faire condamner, en même temps, les parties à une amende au profit des pauvres (2).

Chez les Serbes, les fiançailles sont célébrées à l'église, sous les yeux de nombreux témoins, et ont force obligatoire (3).

En Écosse, pays des unions de Greetna-Greenn (4), « tout homme, d'après le « *Christian state of matrimony* », doit regarder comme sa propre épouse la personne vis-à-vis de laquelle il s'est engagée, quoiqu'il ne l'ait point fait à

---

(1) *Les Codes suédois* de 1734, Trad. R. de la Grasserie, 1885, *Introd.* p. XXVII. Les a. 2 et 3 indiquent les justes motifs de rupture : « maladie contagieuse, infirmité répugnante et cachée, un long concubinage ignoré de la fiancée ».

(2) Glasson, *op. cit.*, p. 433.

(3) Glasson, *op. cit.*, p. 425.

(4) Sur ces mariages purement consensuels, voy. Glasson, *op. cit.*, p. 316. Les fameux mariages de *Greetna-Green* se multiplièrent surtout après le bill de 1753 de Georges III. Ce bill soumettait le mariage anglais à des formes et conditions rigoureuses. Les dispositions du Statut étaient sans application en Écosse. Aussi les fils de famille, dont les parents s'opposaient à l'union, se rendaient à Greetna-Green, le village le plus rapproché de la frontière écossaise. Là, dans la première maison du bourg, on se transportait chez un forgeron devant qui on échangeait les consentements. Il servait non pas d'officier de l'état civil, mais de simple témoin qui affirmait, lorsqu'il en était prié, qu'on s'était valablement marié sous ses yeux. Le forgeron monta une véritable entreprise matrimoniale et gagna de gros bénéfices. Voy. Gonse, *Bull. Soc. Lég. comp.* (1875) p. 92.

Aujourd'hui, l'Act du 31 décembre 1856 (*Act de Lord Brougham*) exige, à peine de nullité, que les deux époux dont le mariage se forme *solo consensu* soient domiciliés en Écosse depuis au moins vingt jours.

l'église ou en public » (1). Le Statut, à la vérité, ne vise que l'échange des consentements de s'unir actuellement *(verba de præsenti)*. Quant à la promesse réciproque de se marier plus tard *(verba de futuro)*, elle ne vaut que comme fiançailles; mais si elle vient à être suivie de relations sexuelles, la cohabitation sera tenue pour une véritable exécution de la promesse. — On n'a pas de peine à reconnaître dans cette législation les principes du droit canonique antérieurs au Concile de Trente (2).

La femme anglaise s'est toujours fait une très haute idée de l'union conjugale (3). Les fiançailles, qui la préparent, sont un contrat des plus sérieux (4). Il ne doit se former qu'après mûre réflexion; aussi, ne peut-on le rompre sans encourir de graves responsabilités. En 1883, Mlle Hylands intenta un procès à M. Biggar qui, malgré ses promesses, avait refusé de l'épouser. Le tribunal accorda 10.000 francs à la plaignante « pour réparer, disait le jugement, les dégâts causés à son amour-propre de femme » (5). De même le journal *La Loi* du 19 mars 1897, relatant quelques décisions de la 3e Chambre de la Cour du Banc de la Reine, cite des alloca-

---

(1) Voy. Gefferson, *Fiançailles et cérémonies nuptiales*, t. II, p. 91.

(2) Voy. Glasson, *op. cit.* p. 315.

(3) « Cela tient à la sévérité de la loi et, ensuite et surtout, à l'esprit de sagesse et de réflexion des Anglais dans le mariage. Le jeune homme ne se marie jamais pour la dot et la jeune fille se donne sans réserve. L'union des époux est tellement étroite que les relations de famille se trouvent parfois fort restreintes. » Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, (Paris, 1883) t. VII, p. 162 et 163. Sur l'exaltation du mariage par les Anglais, voy. aussi Taine, *Notes sur l'Angleterre*, cité par Glasson, *op. cit.* p. 162, note 1.

(4) « Il est si vrai, dit M. Lehr, que nous sommes en présence d'un contrat consensuel valablement formé que la partie lésée n'a le droit de demander une indemnité que si l'auteur de la promesse a l'âge requis pour s'obliger valablement par contrat, c'est-à-dire vingt-un ans. De plus, cette indemnité peut être non-seulement du *damnum emergens*, mais du *lucrum cessans*. » Lehr, *Éléments de dr. civil angl.* (1885) p. 50. — Les fiançailles, comme le mariage, sont contractées devant le *registrar* et dans les mêmes formes. On se trompe parfois et l'on est déjà marié alors que l'on se croit simplement fiancé. Voy. une erreur de ce genre sur laquelle a statué, le 23 janvier 1899, la *High court of justice* dans *Journ. Droit Internat. privé*, 1899, p. 1032 et s.

(5) *Rev. Brit*, mars 1883, p. 235.

tions de dommages variant entre 300 et 7.500 livres. (1) Mais on s'est aperçu, observe la *Revue Britannique* (de mars 1883), que beaucoup de ces procès « *pour serments d'amour rompus* » ont leur origine dans de véritables manœuvres; aussi le Gouvernement a-t-il présenté un Bill au Parlement en vue de remédier à un état de choses qui favorise parfois des chantages éhontés.

Disons un mot, pour finir, de la législation des États-Unis. D'après les « *Statuts des Fraudes* », de New-York, une promesse de mariage ne devant pas s'accomplir dans l'année est nulle si elle n'est pas écrite (2). C'est donc décider par *à contrario* que, même orale, elle est valable si elle doit être réalisée dans l'année et qu'écrite, elle peut, sans rien perdre de sa validité, être différée jusqu'après ce délai (3).

SECTION II. — LES FIANÇAILLES ACCOMPAGNÉES DE SÉDUCTION ET SUIVIES DE GROSSESSE

Nous avons consacré un de nos chapitres à la séduction et aux fiançailles, accompagnées de relations intimes. A ce propos, nous avons critiqué la sévérité de notre loi. Elle nous apparaîtra plus excessive encore quand, sur ce point,

---

(1) C'est ainsi encore que le lieutenant Peyton fut condamné par la Cour du Banc du Roi à payer 200 guinées de dédommagement à Mme veuve Along, à qui il avait promis de l'épouser. *Journal des Débats* du 9 juin 1816, *Article de Londres*. Aussi un auteur a-t-il pu dire : « Une fille n'ayant pas trop de scrupules et ayant possédé une série de fiancés, trouve la loi très bien faite à la condition, toutefois, que les défendeurs puissent payer les frais et les indemnités accordées par le juge. » Pavitt, *Le Droit anglais codifié*, (1885) p. 237.

(2) Voy. *Journ. Droit Int. privé*, 1883, p. 417.

(3) Aux États-Unis, sauf en Louisiane, il suffit du seul échange des consentements entre les parties pour qu'il y ait mariage. « Dans une promenade, un jeune homme et une jeune fille se disent mari et femme, il y a mariage. La preuve du mariage est aussi facile que sa formation. Tous les moyens sont admis. Le consentement des parents n'est jamais exigé. » Glasson, *op. cit.*, p. 453. — Les fiançailles se distinguent à peine du mariage et l'on comprend, dès lors, qu'on leur accorde une très grande valeur.

nous aurons parcouru les dispositions, parfois très libérales, de quelques législations étrangères.

Presque tous les peuples du Nord ont inscrit dans leurs Codes des principes qui témoignent d'un grand respect pour la femme. Ainsi, à son profit, dans les lois suédoises, la réglementation des rapports illégitimes entre les sexes atteint l'extrême limite du droit social. Les fiançailles sérieuses, suivies de grossesse ou seulement de cohabitation, se transforment de plein droit en un véritable mariage qui, sans produire l'ensemble des effets civils attachés à l'institution matrimoniale, ne peut cependant être rompu que pour les causes motivant le divorce. La fiancée enceinte a d'abord le droit de requérir l'accomplissement du mariage, même si les fiançailles ont été conclues sous des conditions qui ne sont pas encore réalisées. Si l'homme persiste dans son refus, la fiancée n'en sera pas moins, en justice, déclarée son épouse. Sans doute, le mari peut s'obstiner à ne pas vouloir vivre avec la femme que la loi lui impose, mais, alors, le divorce est prononcé à ses torts et entraîne contre lui de graves conséquences pécuniaires (1). — Quant aux enfants des fiancés, même conçus avant la promesse, ils sont légitimes et leur mère jouit à leur égard de la plénitude des droits qu'une union normale lui eût conférés sur ses descendants (2).

Le Code civil des provinces Baltiques (3), (rédigé en 1864), s'inspire des mêmes idées. La séduction, quand bien même elle n'aurait pas la grossesse pour résultat, met son auteur dans la nécessité d'épouser sa victime ou de lui fournir une dot dont le montant est fixé par le juge. Dans le cas particulier où une jeune fille ne s'est donnée que sur la foi de

---

(1) *Codes suédois*, a. 8 et 9, Chap. III, *Titre du mariage*.

(2) *Codes suédois*, a. 1, Chap. v. En outre, le Code pénal suédois (Chap. XVIII, a. 9) édicte une amende contre le séducteur, ainsi d'ailleurs que le *Svod* (a. 1531) et la législation polonaise (a. 243); voy. Augée-Dorlhac, *De la cond. juridiq. des enf. naturels* (Paris, 1891) p. 262. — Cp. Code civil des Grisons (a. 72) et Code civil de Zurich de 1887 (a. 697 et suiv.)

(3) A. 152 à 162.

promesses mensongères, le mariage, si elle le demande, est obligatoire sauf, disposition regrettable, lorsqu'il s'agit d'une femme n'appartenant pas à la noblesse dont un gentilhomme a abusé (1).

En Allemagne, en souvenir des vieux textes germaniques où la *desponsatio* était le point essentiel de la formation du mariage, la loi du 6 février 1875, abrogée par le Code civil de 1900, décidait que les *Brautkinder*, c'est-à-dire les enfants des fiancés, étaient assimilés à ceux nés d'une union déjà contractée (2). Aujourd'hui, d'après le nouveau Code, qui, très nettement féministe, admet la recherche de la paternité (3), quand une fille sans reproche a, sur sa prière, permis à son futur de cohabiter avec elle, la rupture, survenant sans motifs de la part de celui-ci ou rendue nécessaire par sa faute, permet à la fiancée éconduite d'exiger une indemnité équitable en argent, même pour le dommage qui n'est pas causé aux biens. Ce droit *(défloration spruch)* n'est pas transmissible et ne passe point aux héritiers, à moins qu'il n'ait été reconnu par contrat ou ne fasse l'objet d'une instance pendante. — Art. 1300.

Chez les Anglais, la séduction ne contraint à des dommages-intérêts que lorsqu'elle a été déterminée par une promesse de mariage. Le bâtard, véritable *filius nullius*, n'a, en principe, aucun droit ni vis-à-vis de son père, ni vis-à-vis de sa mère. Quant à cette dernière, une loi de 1872 (4) lui permet bien d'intenter une action contre le père présumé, dans le

---

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe* (1877) p. 82 et s.

(2) Le Code saxon va plus loin et assimile aux *Brautkinder* les enfants de deux personnes qui, non fiancées, lors de la conception, ont échangé, seulement après, des promesses de mariage (a. 1578).

(3) « Il suffit à la femme rendue mère de prouver ses relations avec le séducteur dans l'intervalle pendant lequel la loi admet qu'a pu se produire la conception, à moins qu'il ne soit établi qu'à la même époque, elle a eu des relations avec d'autres hommes. Cette attribution de paternité produit, vis-à-vis de l'enfant, des effets fort limités; mais la mère peut exiger du père ainsi déterminé les frais d'accouchement et de quoi pourvoir à ses besoins pendant les six semaines qui suivent la naissance de l'enfant. » Bufnoir, *Étude sur le droit de famille dans le projet de Code civil pour l'Empire allemand*. Bull. de la Soc. de Lég. comparée, juillet 1890, p. 680.

(4) « *Act to amend the bastardy laws.* »

délai d'un an après l'accouchement, mais l'indemnité qui peut lui être allouée est dérisoire, puisque son *maximum* est uniformément tarifé à 5 schellings par semaine, soit, au plus, 325 francs par an ! (1)

Terminons, enfin, par un dernier groupe de lois, qui, en notre matière, ont adopté des principes identiques. Les Codes civils espagnol (art. 135), portugais (art. 130), italien (art. 189) et belge prohibent la recherche de la paternité ou, du moins, ne l'autorisent que dans certaines hypothèses limitativement déterminées, parmi lesquelles ne figure pas le cas de séduction. Cette dernière ne donne pas lieu davantage à une action en indemnité indépendante de toute question de filiation.

Obéissant ici comme ailleurs à son caractère généreux, Laurent a voulu remédier à cette sévérité. Dans son *Avant-projet de révision du Code civil belge* (art. 320), il admet la fille à réclamer une indemnité au séducteur qui n'a triomphé de sa vertu qu'en lui promettant le mariage.

APPENDICE

LES FIANÇAILLES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Certaines législations étrangères accordent à la convention de fiançailles de très importants effets. Par une large interprétation de l'article 180 du Code civil, le droit français, au contraire, l'annule implicitement (2).

Eh bien ! doit-on appliquer aux fiançailles, comme au mariage lui-même, la règle : *Locus regit actum* (3), en sorte

(1) Sur la séduction en Angleterre, aux États-Unis et dans d'autres pays. Voy. Lacointa, *Obs. sur les Réformes à introduire dans notre lég. en matière de séduction*. Rec. Acad. Lég. Toulouse, 1874, p. 306.

(2) L'a. 180 tient pour une cause de nullité tout défaut de liberté dans le consentement au mariage.

(3) Sur la signification de la règle, sa portée générale et sa justification. Voy. Surville et Arthuys, *Manuel de Dr. Int. privé* (2e éd). p. 205 et s.

quel es tribunaux français devraient reconnaître au contrat de fiançailles intervenu, hors de nos frontières, entre français ou étrangers, d'après la *lex loci*, les effets spéciaux que cette loi y attache ? — Nous ne le pensons pas; ce n'est pas, en réalité, d'une simple forme, mais du fond même qu'il s'agit : La loi française prohibe le contrat de fiançailles, quelles qu'en soient les formes, parce qu'elle prétend y voir une atteinte à la libre expression de la volonté des parties lors de leur comparution, le jour du mariage, devant l'officier de l'état civil.

Et ce motif est évidemment d'ordre public au premier chef. En conséquence, il faut, à notre avis, refuser l'*exsequatur* à la sentence d'une juridiction anglaise, par exemple, obligeant le fiancé qui se rétracte à des dommages-intérêts si excessifs qu'ils constituent non-seulement, comme chez nous, une réparation, mais aussi et surtout, une fort dure et très sérieuse punition. Pour éviter la lourde condamnation dont il est menacé, le fiancé souvent acceptera, à regret, une union qui ne lui sourit plus. Or, notre loi n'admet pas cette contrainte qu'elle répute fâcheuse pour le bon ordre de la société (1).

Nous croyons cependant juridique de faire subir un échec à nos principes en faveur de la *Verlöbniss* scandinave.

Cette dernière, — ainsi, d'ailleurs, qu'autrefois, avant le Code de 1900, la *Verlobung* allemande, — est bien plus qu'un simple contrat de fiançailles. C'est une véritable union conjugale, imparfaite sans doute, mais néanmoins susceptible de produire par elle-même la plupart des effets du mariage régulier (2), notamment la légitimité des enfants qui en sont issus.

---

(1) Les tribunaux français, chargés de délivrer l'*exsequatur*, ne peuvent en effet, l'accorder qu'autant que la décision étrangère qui leur est soumise n'est pas contraire à notre ordre public, Voy. T. Laon, 21 juillet 1890, *Journ. Droit. Int. privé*, 1890, p. 909.

(2) Il est si vrai que les parties doivent être considérées comme engagées dans les liens du mariage que nous estimons qu'opposition pourrait être faite, en France, à l'union de l'un des fiancés, ou plutôt des quasi-conjoints, avec une tierce personne. Voy. en ce sens Vincent et Pénaud, *Dictionn. de D. int. privé*, Paris, 1888, V° *Mariage*, p. 516, n° 40.

Supposons donc qu'en Suède, deux de nos nationaux se soient engagés dans un pareil contrat. L'enfant né de la fiancée se déclare légitime devant un tribunal français. D'après nous, les juges devront écouter sa demande, si la preuve leur est rapportée que les formes prescrites par les lois suédoises ont été exactement observées, car, au point de vue des enfants, la *Verlöbniss* n'est autre chose qu'un très valable mariage.

Nous en aurions maintenant terminé avec le droit international, si nous ne voulions, pour finir, dire un mot des fiançailles suivies de grossesse. Une jeune fille, rendue mère et abandonnée par son fiancé, peut-elle, en France, intenter une action contre ce dernier pour que l'enfant lui soit attribué ? A l'appui de sa réclamation, elle invoque que son ex-fiancé est un étranger dont la loi personnelle autorise la recherche de la paternité. — Ici, c'est le caractère d'ordre public de la disposition de notre article 340 qui paraît devoir l'emporter sur l'idée de personnalité du statut. « Il nous semble indéniable que, dans l'état actuel de notre législation et de nos mœurs, la recherche de la paternité, même dirigée contre un étranger, causerait chez nous un scandale. Il n'en sera peut-être plus ainsi dans un temps plus ou moins éloigné. » (1)

Vu : *Le Président de la Thèse*,

CHAUSSE.

Vu : *Le Doyen*,

VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 24 juillet 1902.

Le Recteur,

BENOIST.

(1) Surville et Arthuys, *op. cit.* p. 319.

BIBLIOGRAPHIE

HISTOIRE DU DROIT

Aulu-Gelle. — *Nuits attiques.*

Bardet. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris.*

Beauchet. — *Histoire du droit privé de la République athénienne.* 4 vol. 1897. — *Formation et dissolution du mariage dans le droit islandais du moyen âge,* Nouv. Rev. hist., 1885.

Beaune. — *Droit coutumier français,* 4 vol.

Colin. — *Des Fiançailles,* Th. Paris, 1887.

Combes (de). — *Recueil tiré des procédures civiles faites en l'Officialité de Paris et autres Officialités du royaume.*

Corpus juris canonici et sa glose.

Cuq. — *Les Institutions juridiques des Romains,* 1891.

Davoud-Oghlou. — *Législation des anciens Germains,* 2 vol., 1845.

Dom Bouquet. — *Recueil des Historiens de France,* 1739.

Durand de Maillane. — *Répertoire de droit canonique,* t. III, 1776.

Esmein. — *Mélanges d'histoire du droit et de critique,* 1886. — *Le Mariage en droit canonique,* 2 vol. 1891. — *Adde :* Les grands canonistes cités dans le dit ouvrage : Lombard, Gratien, Paucapalea (XII^e siècle); Hostiensis (XIII^e); Johannès Andreæ (XIV^e); Panormitanus (XV^e); Covarruvias (XVI^e). — *Adde :* Les recueils de sentences émanant de juridictions ecclésiastiques : *Liber practicus de consuetudine Remensi* (fin du XIII^e et début du XIV^e siècle); *Registre de l'Officialité de l'abbaye de Cerisy* (1314-1457).

Fevret. — *Traité de l'Abus.*

Fournel. — *Traité de la Séduction,* 1781.

Friedberg. — *Verlobung und Trauung,* 1876.

Gide. — *Étude sur la condition privée de la femme,* Ed. Esmein, 1885.

Girard. — *Manuel élémentaire de droit romain,* 2^e éd. 1898.

Glasson. — *Histoire du droit et des institutions de la France,* t. III.

Héricourt (de). — *Lois ecclésiastiques de France,* 1771.

Ihering (d'). — *L'Esprit du droit romain* (trad. de Meulenaere), 4 vol. 1877.

Le Ridant et Camus. — *Code matrimonial,* 1770.

Lœning. — *Geschichte des deutschen Kirchenrechts,* 2 vol., 1878.

Maynz. — *Cours de droit romain,* t. III, 4^e éd. 1876.

Meynial. — *Le Mariage après les invasions,* Nouv. Rev. historique..., 1896, 1897, 1898.

Mommsen, Krueger et Schœll. — *Corpus juris civilis,* 3 vol. 1895.

Pardessus. — *Dissertation sur la loi salique,* 1843.

Pothier. — *Du Contrat de mariage,* Ed. Dupin, 1825.

Roche. — *Origines romaines et germaniques du contrat de fiançailles,* 1899.

Rozière (de). — *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*, 3 vol., 1859.
Schulte et Richter. — *Canones et decreta concilii Tridentini*, 1853.
Sohm. — *Verlobung und Trauung*, 1876.
Traité de la juridiction ecclésiastique contentieuse, *par un docteur en Sorbonne.*
Viollet. — *Précis de l'Histoire du droit français*, 1886.
Walter. — *Corpus juris germanici antiqui*, 3 vol., 1824.

DROIT MODERNE

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 4e éd.
Bosc. — *Des Éléments constitutifs du délit civil*, Th. Montpellier 1901.
Chardon. — *Du Dol et de la fraude*, 3 vol., 1828.
Chausse. — *De l'Intérêt d'affection*, Rev. crit de lég. et de jurisp., 1895.
Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, 1874.
Dorville. — *De l'Intérêt moral dans les obligations*, Th. Paris, 1901.
Duméril. — *La Séduction et la rupture des promesses de mariage*, Rev. générale de droit, de lég. et de jurisp., 1884.
Fenet. — *Travaux préparatoires du Code civil.*
Giraud. — *Des Promesses de mariage*, Rev. critiq. de lég. et de jurisp. 1888.
Glasson. — *Du Consentement des époux au mariage*, 1866. — *Le Mariage civil et le divorce*, 2e éd.
Grasserie (de la). — *Projet de Code civil allemand*, 1893.
Huc. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1892.
Lacointa. — *Réformes à introduire dans notre législation en matière de séduction*, Rec. Ac. Lég. Toulouse, 1874.
Larombière. — *Théorie et pratique des obligations*, 1885.
Laurent. — *Principes de droit civil français*, 1876.
Legros. — *De la Responsabilité en cas de nullité des contrats.* Th. Dijon, 1900.
Lehr. — *Éléments de droit civil anglais* (1885); *espagnol* (1880); *russe* (1877); *scandinave* (1901); *Code civil du canton de Zurich* (1887).
Merlin. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.*
Millet. — *La Séduction*, 1876.
Saleilles. — *Théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allem.*, 2e éd., 1901.
Toullier. — *Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 6e éd.
Vidal. — *Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, Rec. Acad. Lég. Toulouse, 1884.
Zachariæ. — *Le Droit civil français*, trad. Massé et Vergé.

Recueils de jurisprudence. — *Dalloz; Pandectes françaises; Sirey; Journal du Palais; Gazette des Tribunaux; le Droit; la Loi; la France judiciaire; Revue notariale; Recueil des arrêts de Grenoble et Chambéry; Bordeaux; Aix, etc. Moniteur judiciaire Lyon; Journal de Droit international privé.*

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION.... 7

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DES FIANÇAILLES

CHAPITRE I. — **Les fiançailles attiques**. 15
§ I. — Les fiançailles dans Homère..... 15
§ II. — Les fiançailles en droit attique; valeur de l'*Engyésis* 16

CHAPITRE II. — **Les fiançailles romaines**..... 24

Section I. — LES FIANÇAILLES ET LES PERSONNES..... 24
§ I. — Modes de formation des *sponsalia*..... 24
§ II. — Modes de preuve et cérémonies extérieures.. 27
§ III. — Des arrhes *(de arrhis sponsalitiis)*..... 28
§ IV. — Des conditions de validité..... 30
§ V. — Force obligatoire des *sponsalia*..... 34
a) Temps anciens..... 34
b) Époque classique..... 37
c) Bas-Empire..... 39
§ VI. — Effets légaux des *sponsalia*..... 40
§ VII. — Leur dissolution..... 44

Section II. — LES FIANÇAILLES ET LES BIENS..... 46
§ I. — Des donations entre fiancés..... .. 46
§ II. — Du sort de la constitution dotale en cas de rupture des *sponsalia*..... 51

CHAPITRE III. — **Les fiançailles germaniques**..... 53

Section I. — LES FIANÇAILLES ET LES PERSONNES..... 54
§ I. — Le droit de famille chez les Germains..... 54
§ II. — Modes de formation des fiançailles..... 55
§ III. — Conditions de validité..... 59
§ IV. — Effets des fiançailles; leur distinction d'avec le mariage. (Discussion de la théorie de *Sohm*).. 62
§ V. — Leur dissolution..... 72

Section II. — Les fiançailles et les biens 75
§ unique. — Des libéralités entre fiancés 75

Appendice. — Les fiançailles dans le droit islandais du moyen âge 79
§ I. — Les parties contractantes 80
§ II. — Formes des fiançailles et stipulations qui les accompagnent 81
§ III. — Effets des fiançailles 82
§ IV. — Leur rupture 83

Chapitre IV. — **Les fiançailles canoniques** 85

Section I. — Des fiançailles 88
§ I. — But et utilité 88
§ II. — Formation des *sponsalia* 89
§ III. — Conditions de validité 94
§ IV. — Effets légaux des *sponsalia de futuro* 98
§ V. — Leur dissolution 102

Section II. — Détermination exacte de la compétence ecclésiastique 105

Chapitre V. — **Les fiançailles dans l'ancienne jurisprudence et le droit révolutionnaire** 110

Section I. — Ancien droit; discussion sur le caractère de l'indemnité allouée 110

Section II. — Droit révolutionnaire; discrédit des fiançailles 116

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DES FIANÇAILLES ET DES PROMESSES DE MARIAGE MODERNES

Chapitre I. — **De la rupture des fiançailles et de l'indemnité à allouer au fiancé éconduit** 122

Section I. — Les dommages-intérêts peuvent-ils se baser sur l'*inexécution d'une obligation de faire?* Valeur juridique des fiançailles 122
§ I. — Système de *Merlin* et de *Toullier* 123
§ II. — Réfutation de ce système 129

Section II. — La rupture des fiançailles et *la théorie de la Culpa in contrahendo* 133

Section III. — La rupture des fiançailles et *les articles 1382 et 1383 du Code civil* 137

Section IV. — La rupture des fiançailles et *le système de l'abus du droit* 142

Section V. — Des justes motifs de rupture 146

Section VI. — De l'évaluation du dommage 150
§ I. — Du préjudice matériel 150
§ II. — Du préjudice extrapatrimonial 153
§ III. — *Du lucrum cessans* 155

Chapitre II. — **Autres conséquences de la rupture des fiançailles** 157

Section I. — Du sort de la correspondance des fiancés. 157

Section II. — Du sort du contrat de mariage, des constitutions de dot et cadeaux de noces 159

Chapitre III. — **De la preuve en matière de fiançailles** ... 168
§ I. — Des moyens de prouver les fiançailles et leur rupture 168
§ II. — Des moyens de prouver qu'un billet n'est, en réalité, qu'une clause pénale prohibée 173
§ III. — Des moyens de prouver que des cadeaux ont été faits 173

Chapitre IV. — **Des fiançailles pour autrui et par intermédiaire salarié** 177

Section I. — Des fiançailles pour autrui 177

Section II. — Des fiançailles par intermédiaire salarié. 178

Chapitre V. — **Des fiançailles accompagnées de séduction et suivies de grossesse** 183

Chapitre VI. — **Les fiançailles à l'étranger** 190

Section I. — Les fiançailles correctes 190

Section II. — Les fiançailles accompagnées de séduction et suivies de grossesse 196

Appendice. — Les fiançailles en droit international privé 199

Bibliographie 203

Errata 208

ERRATA

Page 11, ligne 12, au lieu de : le même, lire :-*la même.*

Page 54, avant le § 1, ajouter : *Section I. — Les Fiançailles et les Biens.*

Page 63, ligne 1, au lieu de : posthumes, lire : *postume* (de *postremus* postérieur).

Page 69, ligne 22, au lieu de : n'étaient, ainsi qu'on le prétend, une seule et même chose, lire : *qu'une seule et même chose.*

Page 85, note 4, ligne 5, au lieu de : bien conjugal, lire : *lien conjugal.*

Page 87, note 4, ligne 1, au lieu de : c'est surtout le droit canonique du XII[e] siècle, lire : *c'est surtout le droit canonique à partir du XII[e] siècle.*

Page 97, ligne 1, au lieu de : et voilà pourquoi, en notre matière, on a affaibli, lire : *et voilà pourquoi, dans le but d'affranchir les unions légitimes d'une sérieuse entrave, on a affaibli...*

Page 98, ligne 2, après : pour lui permettre de négocier, ajouter : *d'une façon irrévocable.*

Page 114, ligne 11, au lieu de : Tout l'équivalent ou à peu près, lire : *En dehors du* lucrum cessans, *tout l'équivalent.*

Page 115, ligne 14, au lieu de : platoniques, lire : *honorifiques.*

Page 128, note 1, ligne 4, au lieu de : Cette décision, qui rappelle la sévérité de l'ancien droit, lire : *Cette décision qui renchérit sur la sévérité de l'ancien droit.*

Page 143, note 1, ligne 4, au lieu de : pour unique et principal, lire : *pour unique ou principal*

Page 159, ligne 19, après la citation de l'art. 1088 du C. C., ajouter : *Or le fait, pour la donation, d'être consignée dans le contrat notarié indique bien, d'une façon péremptoire, que la libéralité n'a été consentie que par faveur pour le mariage.*

Page 165, ligne 26, au lieu de : acquisitions effectuées, lire : *acquisitions réalisées.*